
NAZIONALE
VITT. EMANUELE
13
D
18



HIERONYMI TREUTLERI IC. SELECTARUM DISPUTATIONUM

Ad

IUS CIVILE IUSTINIANÆUM,

QUINQUAGINTA LIBRIS PANdectarum comprehensum, Resolutionum absolutissimarum,

VOLUMINIS POSTERIORIS RESIDUAE DISPUTATIONES XV.

Auctore

HELFRICO ULRICO HUNNIO I.V.D.
Illustrissimi Celsissimique Principis ac Domini, Domini Ludovici, Hassiae Landgravii &c. Consiliario, necnon Inclytae Academiae Giessena Pandectarum Professore publico & ordinario.

CUM PRIVILEGIO CAESAREO.



FRANCOFURTI,
IMPENSIS IOANNIS IACOBI PORSII,
M. DC. XX.

13 · 5 · D · 18

13 · 5 · D · 18



NOBILI, CLARISSIMO AC CONSULTISSIMO VIRO, DOMINO MATTHÆO CLAUSIO ULMANO, I.V. Doctori Excellentissimo, Domino & amico meo veteri plurimumque honorando.



N iucundam veteris nostræ amicitiæ recordationem eiusdemque nunquam intermorituræ, sed quandiu Deus ter Optimus Maximus lucis huius usuram Clementer ac benigne concesserit, duraturæ inque posteros nostros, si eiusdem diuinæ Clementiæ ita placuerit, continuandæ publicum, perpetuum ac immortale testimonium hasce posterioris voluminis XV. Disputationes consecro, Eidemque vna cum honoratissima ipsius familia à Deo benignißimo omnem prosperitatem, ac felicitatem, quam homo homini amicus amico optare potest, ex intimo pectore precor.

HELFRICUS-ULRICUS HUNNIUS D.



LECTORI BENEVOLO ET AMICO S. P.

LEgisti, Candide Lector, &, vt ex candore tuo coniecturare licet, non sine indignatione legisti *Famosum libellum* à Reinhardo Backovio, homine maledicentissimo, præteritis nundinis Françofordensibus, in me sparsum; quem, quo minus hac vice vlla dignatus fuerim responsione, fecerunt tum cordatorum sapientissimorumque virorum, eiuscemodi conuicia ex alto despicientium, exempla laudatissima, tum amicorum monita prudentissima, qui vno ore omnes sic censuere; *Conuitiis istis scurrilibus famæ & honori meo nil quicquam detrahi, nec nomen meum vlla macula commaculari, sed authorem potius turpissimi istius scripti leuitatem suam & maledicendi libidinem sic vniuersis prodidisse, vt ex cantu, qualis sit avis, exacte cognoscatur.* Et sane, vt homo iste insanus & superbus huius generis contentionibus, viris honestis & literatis plane indignis, delectetur suumque ingenium, ad conuiciandum procliue, in illis exercere ac ostentare gestiat; Ego tamen, inde ab ineunte ætate, huiusmodi certamen illiberale, scurrile & hominibus otiosis atque leuissimis relinquendum semper iudicaui, illudque, quod huic vitæ meæ curriculo Deus ter Opt. Maximus, ex infinita

sua

sua benignitate & misericordia, temporis adiicere voluerit, ad Nominis ipsius diuini gloriam, Reipublicæ literariæ salutem plurimorumque commoditatem conuertere decreui. *Scribat igitur, in posterum etiam, Backovius iste conuiciator petulantissimus, quicquid voluerit, obstrepet, latret, debachetur ad satietatem vsque, nunquam à me impetrabit, vt maledictis ipsius pessimis, obiectis puerilibus, ac conuitiis scurrilibus ve[...]um vllum respondeam; sed rem omnem, prout hactenus feci, iustæ Omnipotentis vindictæ ac cuiusuis sano & incorrupto iudicio submittam.*

Tu interim, beneuole Lector, hasce lucubrationes meas boni consule, sereno ac liberali vultu candidoque pectore suscipe, ac, sine affectu lege, deprehendes Sole meridiano clarius, vniuersa, quæ in eas petulanter iste iactauit conuicia, vana, falsa, conficta, ex stulta denique æmulatione, &, vti ipse fatetur ac Tibi, Lector, deprecatur, ex nimia & effrænata *iracundia* profecta esse. Vale, &, quæ, me à typographaria officina longius absente, huic operi fortassis irrepsere menda, pro tuo Candore, Candide emenda.

3



VOLVMINIS POSTERIORIS DISPVTATIONIS DECIMÆ NONÆ,

De

Operis noui Nuntiatione, &c.

QVAESTIO I.

VOLV-



VOLVMINIS POSTERIORIS DISPVTATIONIS DECIMÆ NONÆ,

De Operis noui Nuntiatione, &c.

Resolutio.

THESIS I.

Lit. A & B. Quæst. I. *Quando possit operis noui nunciatio illegitime & iniuria facta contemni?*



OPeris noui nunciationem definit noster Author quod sit legitima quædam prohibitio, facta ædificanti, vt ab opere nobis nocituro desistat, donec de iure constet.

Dicitur legitima prohibitio, quia illegitime facta non tenet, sed impune cõtemnitur *l. 5. §. 4. ff. de oper. nou. nunciat.* vbi dicit Vlpianus nunciationem nullius esse momenti si non in re præsenti, sed in foro fortassis domino sit facta. Sed hoc ita, si vel defectu personæ id contingat, vt quia vel à seruo vel à pupillo sine tutore facta est nunciatio *d. l. 5. pr.* siue ratione loci, vt quia, prout modo dictum fuit, non in re præsenti & ipso opere sit nunciatum *d § 4.* vel ratione temporis, puta quia non interdiu sed nocte facta est nunciatio *l. si soluturus ff. de solut.* vel etiam ratione operis, vt quia non nouum extruatur, sed vetus, ne corruat, fulciatur *l. stipulatio. §. opus. ff. de oper. nou. nunc.* paria quippe sunt aliquid prorsus factum non esse, aut perperam factum & inutiliter *l. quoties ff qui fat iud. cogunt.* hoc igitur respectu illegitime facta nũciatio nõ tenet.

Cæteroquin, si ratione personæ nunciantis, ratione loci & temporis, ratione denique ipsius operis nunciatio legitime sit facta; etiamsi non iure sed iniuria sit facta, vt quia legitima & iusta causa nunciandi non fuit, verius est quod nunciatio teneat. Disertè hoc scripsit Vlpianus *in l. 1. pr. ff. de oper. nou. nunciat.* Hoc edicto promittitur vt siue iure, siue iniuria opus fieret per nunciationem inhiberetur deinde remitteretur prohibitio, quatenus prohibendi ius, qui nunciasset, non habuisset. Sed primo aspectu sententia hæc admodum dura esse videtur. Nam primo iniquum est ædificantem qui iure suo vtitur per solam nunciationem processu operis inhiberi *l. Nullus 14. C. de Iudæis. l. 2. ff. si quis à parente.*

2. Accedit quod in iure nostro pro regula sit traditum, denuntiationes iniustas impune contemni posse *l. tutor. ff. de minorib. l. Papinianus. ff. de publican.* neque vllo esse impedimento gerendis negotiis *l. si maior. Cod. de rescind. vendit. l. 2. Cod. deb. vend. pign.*

3. Adde quod si nuntiatio iniuria facta efficax esset, occasio praeberetur malitiosis hominibus aedificantes diuexandi aedificationemque impediendi: Atqui malitiis hominum occurrendum est *l. in fundo ff. de rei vindicat.* & praecauendum ne inde malefaciendi occasio proficiscatur, vnde ius ipsum hoc est totius aequitatis ac bonitatis lumen accendi, nasci, relucereq; oportet *l. meminerint. C. vnde vi.*

Caeterum hisce rationibus nihil motus Vlpianus tenore voluit, siue iure, siue iniuria facta sit *d. l. 1. pr.*

Rationem huius plerique istam adducunt quod nunciatio noui operis speciem quandam appellationis habeat, & ideo, sicut appellatione interposita, siue iure, siue iniuria nihil innouare licet; *l. 1. Digest. Nihil innouar. appellat. pendent.* ita quoque à nuntiatione noui operis, quamuis non iure facta, nihil noui operis facere permittatur. Et si factum quicquam fuerit, id postea destruatur, eoque nomine, qui fecit, interdictum detur à praetore. Ita Duarenus *lib. 1. disputat. 16.* Bartol. & Iason *in d. l. 1.*

Sed Iohannes Corasius *ibid. num. 3.* hanc rationem refellit: Tum qui nusquam in iure reperitur nuntiationem noui operis appellationi comparari; cum potius inter se plurimum differant, quia appellatio fit coram iudice *c. bona de appellat.* Nunciatio vero noui operis aditione iudicis plane non indiget. Appellatio semper cum expressione causae fieri debet *c. 1. de Appellat. in 6.* Nunciatio autem non requirit causae expressionem, si non petatur: Denique appellatione pendente, quamuis [illegible]tor satisdare velit, nihil est innouandum *l. si instituta §. penultim. Digest. de inoffic. testam. l. Imper. in fine Digest. de appellat.* At nuntiatio, qua de agimus, praestita satisdatione non amplius impedit, quominus nuntiatus ad opus coeptum procedere queat *l. 5. §. si cui. ff. hoc tit.*

Denique nuntiatio non potest habere vim appellationis, nisi ab interlocutoria interpositae, postquam tamen attentata non reuocantur, donec constet prouocationis causam veram esse. *l. Non solum in fine. Digest. de oper. nou. nuntiat.*

Sunt qui aliam rationem adferunt quare nuntiatus etsi iniusta fuerit nuntiatio prohibeatur continuare opus coeptum, hanc videlicet, quia vi facere videatur vtpote qui, contra quam prohibitus est fecerit *l. quo tutela. §. vi factum. ff. de Reg. Iur.*

Sed & haec displicet Corasio propterea, quod, etsi verum hoc sit in eo, qui facit in alieno, aut à se non possesso *l. 5. §. meminisse. Digest. de oper. nou. nunc.* falsum tamen est in illo qui post prohibitionem in proprio quid facit, hic enim cum nihil in alienum immittat, vim inferre dici non possit *l. sicut. §. Aristo. Digest. si seruit. vind.*

Quocirca ipse Corasius rationem putat dependere à sola praetoris maiestate, quam contemnare intelligitur, qui post nuntiationem aedificare pergit *l. praetor. §. 1. Digest. de nou. oper. nunc.* vbi ita ICtus: *Interdictum hoc proponitur ex huiusmodi causis: Edicto expressum est ne post operis noui nuntiationem quicquam operis fiat, antequam vel nuntiatio missa fiat vel vice nuntiationis missae satisdatio de opere restituendo fuerit interposita. Qui igitur facit etsi ius faciendi habuit, tamen contra interdictum praetoris facere videtur & ideo hoc destruere cogitur.* Vnde intelligitur contemni non parum praetoris maiestatem, à quo nuntiatio magno consilio fuit introducta eique

que tanta vis, nempe demolitionis, indita fuit.

Non igitur obstant quæ supra in contrarium fuerunt adducta: Ad primum enim respondetur, nos hic in dubio versari, & pro nuntiatore, quod videlicet iuste nunciet præsumptionem militare, & ad omnem calumniam & fraudem excludendam ab ipso iuramentum calumniæ exigi posse *l.5.§.qui opus. ff. de oper.nou.* Deinde & illud considerandum quod possit nuntiatus sine vllo incommodo suo ab opere cessare, vt qui per omnia indemnis præstetur per actionem in factum, quæ ipsi aduersus nunciantem competit in id, quod sua interest, vt mox dicetur. Aut potuerit etiam ędificare impune, præstita satisdatione, vt proinde non possit iuste de iniuria vlla conqueri nuntiatus. Ad secundum respondetur etsi aliæ fortassis denunciationes possint contemni aliud tamen esse in operis noui nũtiatione vt quæ prætoris authoritate fiat *d. l.prætor.20.§. Interdictum 1. Digest. hoc tit.* maxime cum grauis & iusta nuntiationis subsit causa, *Tum* quia perfecta opera non facile destruuntur *l.fin.ff.ne quid in loco publico. d. l. 20. §. penultim.* & nisi vim istam nuntiatio operis noui haberet, vt, ea facta, cogeretur à cœpto opere confestim desistere nunciatus, sed ea non obstante, continuare & proficere opus posset, magnum exinde nuntianti existeret præiudicium: *Tum* quia facile fieri posset vt interim nuntiatus desineret ædificando esse soluendo, atque ita inopia nuntiati inanis ipsi actio efficeretur *l.6.Dige.quod met.caus.*

Ad Tertium respondetur, nos de eo casu disserere quo dubium est vtrum iniusta sit nuntiatio, an vero non. Nam notorie iniustam nuntiationem non valere mox contra Cuiacium demonstrabitur. In dubio autem præsumptio est pro nuntiante: & denique media atque remedia sunt iure nostro prodita, quibus occasio calumniandi excludatur, de his vero remediis dictum est in solutione primi argumenti ac de iisdem amplius dicetur infra *.thes.3.*

Quocirca ex hisce liquet quod etsi fieri possit vt iniuriosa & calumniosa sit denunciatio, in hoc tamen non iniuriatur ab initio & antequam nuntiatio fiat, sed nuntiatio teneat indistincte, licet postea cognitio ea de re intercedere possit.

Sed quid si notorie sit iniusta nuntiatio & manifestum sit nuntiatorem non habere ius prohibendi, opus cœptum nuntiandique nouum opus, anne nuntiatio manifeste iniusta teneat, sic vt aut satisdare cogatur nuntiatus aut ab opere cœpto desistere.

Quæ. 2. Si notorie iniusta est nuntiatio an teneat nuntiatio ita vt nuntiatus, si ab opere non destiterit illud postea demolire cogatur?

Sunt, qui, id negent Nituntur vero sequentibus rationibus.

1. Certi exploratique iuris est quod spoliatus agens interdicto recuperandæ possessionis propter manifestum dominii defectum non audiatur *capit. significastis.de diuort.c. fin. de restitut. spoliator. in sex'.* qui si dubius & incertus aliquo modo adhuc esset, ipsi non obstaret *l.penult. §.sed hæc contra.de præscript.30.annor.*

2. Item constat quod nec appellationi quoquo modo deferendum sit, quam euidenter iniustam esse apparet: *cap.consuluit.de appellat.* licet alias eius tãta vis esse soleat, vt eius remedio extinguatur pronuntiatum *l.1.§.fin. ff. ad Turpill.*

3. Accedit quod verisimile non est, prætorem, qui semper æquitati innititur *l.quod si Ephesi.ff.de eo quod cert. loc.* voluisse suo edicto nuntiationem euidenter ac notorie iniustam ligare *l.1.C.de iis, qui veniam ætat.*

4. Et si prætor constituit, eam ex post facto relaxari, quia primum apparet, nuntiatum iure ædificare, multo magis ab initio debet eius effectus impediri *l. pater. ff. de iis qui sunt sui, vel alieni iuris*

ni iuris. cap. ad Apostolicum. de regul.

5. Adde, si iniuste facit qui sine causa & iniuriose nuntiat, iuste facit, qui, spreta hac nuntiatione, ædificare pergit; ita quippe colligit Vlpianus *in l. 1. in fine ff. Ne quis eum, qui in ius voc. Et sane,* inquiens, *si deliquit, qui vocat, non deliquit, qui eximit,* Et subiicit Paulus *in l. 2. Nam cum vterque contra edictum faciat & libertus qui patronum vocat, & is qui patronum vi eximit, deteriore tamen loco libertus est, qui in simili delicto petitoris partes sustinet.*

Quocirca etsi fateremur peccare nuntiatum, quod contempta nuntiatione, ædificat, tamen quia & nuncians peccat & in simili delicto petitoris partes sustinet, merito eius conditio deterior esse & nuntiatus impune ferre debet, quod ab opere non destitit.

6. Corroboratur porro hæc sententia & ista ratione, quod lex vult à nuntiatore calumniæ iusiurandum exigi posse *l. de pupillo. §. qui opus hoc. Digest. de oper. nou nunc.* Atqui hoc iusiurandum in dubiis solum negotiis & cum personarum delectu deferri solet. *l. 3. Digest. de iureiur. propt. calumniam.* Nec verisimile est legem ab eo iuramentum Calumniæ extorquere velle, quem certo constaret peieraturum *l. Marcellus. §. 1. Digest. rer. amotar. l. videamus. Digest. de in lit. iurand.* ne auctor periurii videatur *l. 1. Cod. si aduers. vendit. c. si vero. de iureiur.*

7. Cessante ratione edicti ipsum quoque cessat edictum: Atqui edicti prætoris quo iubetur nuntiatus desistere ab opere cœpto, ratio est quod ni fieret contemneretur prætoris maiestas, prout supra dictum est, quam ex eo cessare manifestum est quod credibile non sit prætorem ius manifeste iniquum voluisse suæ auctoritatis præsidio tueri. *d. l. 1. C. de his qui veniam ætat.*

Cæterum pro contraria sententia, quod nempe nuntiatio noui operis, etiamsi manifeste sit iniqua, sperni non debeat, & si spreta fuerit, propter contemptum prætoris edictum, opus perfectum destrui debeat, sequentes rationes facere videntur.

1. In *l. 1. pr. Digest. de oper. nou. nunc.* scribit Vlpianus: Hoc edicto promittitur, vt siue iure, siue iniuria opus fieret, per nuntiationem inhiberetur: Deinde remitteretur prohibitio hactenus, quatenus prohibendi ius is, qui nunciasset, non haberet. Et *in l. 20. §. 1.* idem Vlpianus ait: *Etsi ius faciendi habuit*, scilicet nuntiatus, *tamen contra edictum prætoris facere videtur, & ideo hoc destruere cogitur.* Et clarius adhuc idem exprimit *in § ait prætor. 3. ead. l. 20. Ait prætor, quod factum est restituas, quod factum est iubet restitui: Neque interest iure factum sit, an non, siue iure factum est, siue non iure factum est, interdictum locum habebit.* Et *in l. 1. § 2. Digest quod vi aut clam. Et parui,* inquit Vlpianus, *refert, vtrum ius habuerit faciendi, an non, siue enim ius habuit, siue non habuit, tamen tenetur interdicto propter quod vi aut clam fecit: Tueri enim ius suum debuit, non iniuriam comminisci.*

2. Accedit quod is qui eum qui etiam per calumniam in ius vocabatur, exemit, incidat in edictum *l. 4. versic. penult. ff. Ne quis eum, qui in ius.*

3. Accedit quod nuntiato imputari possit, si cum intelligeret, se ius tam clarum habere, non impetrauit à iudice remissionem, sed ius sibi temere dixit *d. l. 1. § 1. Digest. quod vi aut clam.*

Verum enim vero ego, vt quidnam sentiam, ingenue exponam, huic sententiæ posteriori subscribendum censeo propter textus rotundos & expressos quibus asseritur iniuste nuntiationem factam vsque adeo tenere vt si nuntiatus eam spreuerit cogatur opus demolire.

Non moueor rationibus & argumentis, supra in contrarium adductis, Non primo & secundo: Nam in adductis exemplis

emptis agitur de longe maiori præiudicio, proinde cautius etiam agendum, ne quis insignem aliquam patiatur iniuriam aut magnum sentiat damnum. At in proposito de exiguo admodum agitur præiudicio, tum quia statim nunciatus confestim potest adire iudicem eumque de notoria & manifesta nuntiationis iniquitate informare remissionemque imperare *d.l.1.§.1.*

Tum quia indemnis præstatur per actionem in factum quam aduersus nuntiantem habet de eo, quod sua interest nuntiationem factam non fuisse.

Ad secundum respondeo prætorem iniustam nuntiationem idcirco ligare voluisse, quia consultum ipsi visum est vt quisque actiones habens, quibus ius suum persequatur, Iure experiatur nec sibimetipsi ius dicat *l. extat. Digest. quod met. caus. l. Non est singulis. Digest. de Reg. Iur.* Ne tumultus aliquis exinde suboriatur: Vnde etiam licet aliquis obligatus si vel ex contractu commodi, vel depositi vel pignoris ad rei restitutionem idque manifestum sit & euidens, sic vt detentio debitoris rei debitæ notorie sit iniusta: Non tamen permittitur creditori vt ius sibi dicat, rem debitam propria authoritate debitori extorqueat, sed de re ista debet actionibus competentibus experiri *d.l.extat. §.1. Inst. de vi bonor. rapt.* Non quia leges iniquitatem manifestam debitoris tueantur eidemque faueant, sed potius quia maius aliquod malum præcauere studeant.

Sic igitur & in proposito, si spreta nuntiatione, etiam notorie iniusta, nuntiatus in opere perficiendo progredi illudque propria authoritate perficere conaretur, fortassis non pateretur hoc nuntians, & sic ad contentiones, rixas digladiationes, tumultus etiam publicus & bellū apertum res perueniret; ad euiusmodi malum præcauendum, voluit prætor nuntiationis calumniosæ remissionem à se impetrari; id quod ICtus haud obscure significat *in d.l.1.§.2. Digest. quod vi aut clam.* dum ait nuntiatum debuisse ius suum tueri, non iniuriam comminisci. Quapropter committitur in tertio argumento fallacia causæ.

Ad Quartum argumentum respondeo consequentiam negando propter rationem modo assignatam: prætor enim, etsi ex facto de nuntiantis iniquitate instructus, nuntiationem relaxet: Non tamen ab initio eius effectum deficere voluit, ne fortassis maius aliquod exinde oriretur incommodum: Sic etiam prætor contractum vi aut dolo initum rescindit & tamen non vult ab initio effectum ipsius penitus cessare, ob rationem modo assignatam. *d. l. extat.* Quin etiam vult prætor ab initio statim nuntiationem iniuriosam ædificanti non nocere, quia nuntiato actionem dedit in factum, qua indemnis præstetur: sed ita tamen vt nuntiatio à se declaretur iniusta.

Ad Quintum argumentum respondeo consequentiam itidem negando, quia non est perpetuum axioma ex *d.l.1.* allegatum, Non enim si iniuste facit qui sine causa rem alterius possidet, iuste propterea facit, & impune fert, qui rem illam ipsi eripit *d.l.extat. & d. §. 1. Inst. de vi bonor. rapt.* Et vt iuste faceret, non tamen id ipsi permittendum foret propter periculum tumultus & maioris mali.

Hinc etiam ex edicto tenetur, qui eum vi eximit, qui iniuria & per calumniam in ius ducitur. *l.4.§.1. Digest. Ne quis eum.* vbi ita Paulus: Item si quis eum, qui per calumniam vocabatur, exemerit, constat eum hoc edicto teneri.

Nec refragatur huic *d.l. 1. & 2.* Nam loquuntur de eo, qui edicto prętoris nominatim & expresse prohibitus erat sine

prætoris

prætoris venia in ius vocari; Hic iure & impune eximi poteſt, quia prætor iam tum de eo pronunciaſſe intelligitur: At prætoris edicto in propoſito non erat quicquam nominatim cautum de eo, qui iniurioſe nunciaſſet.

Ad ſextum reſpondetur iusiurandum calumniæ non perpetuo exigi à nunciante, ſed tunc ſolum quando nunciatio non eſt manifeſte notoria. Quod ſi enim notoria eſt nunciationis iniquitas prætor, à quo illud iusiurandum deferendum eſt, non deferet iuramentum de calumnia, ſed cognita manifeſta iniquitate eius, confeſtim & ſine mora relaxabit ac remittet nunciationem.

Ad vltimum reſpondeo; Etſi videatur ceſſare ratio edicti, quæ ſupra aſſignata; fuit non tamen ceſſare aliam rationem iuris publicam vtilitatem concernens, cuius ſupra mentio facta eſt. Deinde nec ceſſat iſta ratio: quia adhuc contemnitur maieſtas prætoris, vt qui voluerit nunciationem manifeſte etiam iniuſtam tenere; ne videlicet, vt dixi, tumultibus atque digladiationibus daretur occaſio *d. l. 1. §. 1. ff. quod vi aut clam. d. l. 20. pr. & §. 3. ff. hoc tit.* Sic enim & ille contemnit authoritatem prætoris qui eum vi eximit, qui in ius vocari non debebat *d. l. 4.* Non quia prætor iniquitatem vocantis ſiue ducentis probare, ſed quia maius malum præcauere voluit.

Sine igitur notorie ſit iniuſta nunciatio, ſiue non, hactenus ſemper nunciatum tenere exiſtimo vt ab opere cœpto deſiſtere, aut ſatisdare cogatur.

Sed quæritur quænam dicatur iniuria facta nunciatio, & vnde ſciri poſſit an ne notorie iniurioſa ſit nunciatio, an vero minus?

Et primo de eo conſtare poteſt ex re iudicata *C. veſtra. cap. fin. de cohab. Cleric.*

Deinde per euidentiam facti *cap. cum ſpeciali. §. porro. de appellat. c. cum olim.* inquiũt probari iniuſticiam nunciantis, quia notorium fuit nunciantem nihil habere in vicinia, cui per opus nouum noceri poſſit *l. Non ſolum pr. ff. hoc tit.*

Quin etiam ex inſtrumento inter partes confecto, ex quo de iure illarum appareat notorium euadere quod nunciatio ſit iniuſta & calumnioſa, tradit poſt Bartolum *in l. fin. C. de reb. credit.* Zaſius *ad pr. d. l. 1. ff. de oper. noui.* Quod tamen Coraſius ſic accipiendum monet, ſi aduerſarius ſcripturæ, ſiue inſtrumento non contradiceret, ſed illi potius acquieſceret *c. cum olim de verbor. ſignificat.* Cum ſolum inſtrumentum non faciat rem manifeſtam, vtpote cui adhuc multa poſſint obiici *l. fin. C. de fide inſtrum.*

Cæterum etſi, vt dictum eſt, regulariter non poſſit ſperni operis noui nunciatio: ſunt tamen caſus quidam, quibus ea contempta, in ædificando pergere & opus cœptum impune abſoluere poteſt.

Primus caſus eſt, quando Reipublicæ intereſt cœptũ opus primo quoquo tempore perfici *l. pupillo. §. ſi quis riuos. ff. de Noui oper.* vt ſi quis riuos, cloacas vel fontes purgare velit, aut cloacas, aut fontes reficere *d. §. ſi quis riuos.* Hæc quippe omnia ad Reipubl. vtilitatem & tutelam pertinent *l. 1. §. 1 ff. de cloac. d. §. ſi quis riuos.* Nam cloacarum immundicies coelum peſtilens & minas minatur *d. l. 1. §. 1.* Et niſi fontes ac riui purgentur, facile contingere poſſet homines ſiti perire, vſu aquæ ſubducto, aut impura ex aqua morbum contrahere. Quæſt. 3 *Quibus caſibus poſſit ſperni nunciatio?*

Secundus caſus eſt, cum minus legitime facta eſt nunciatio *d. l. de pupillo §. proinde. ff. de nou. oper. nun.* de quo caſu ſupra, ſub initium huius diſp. dictum fuit.

Tertius caſus eſt quando nunciatoris conſenſu à nunciatione receſſum eſt. Neq; enim volenti fit iniuria, neq; illi, qui ius ſuum ſemel remiſit, dandus eſt poſtea regreſſus *l. quæritur. §. ſi venditor. ff. de ædil. edict.*

Nec

Nec obstat quod pactionibus priuatorum ius publicum lædi & auctoritas atque maiestas prætoris conuelli non potest.

Quandoquidem in proposito lex maiestatem prætoris opponit, non vtilitatis publicæ gratia, sed ad priuatam vtilitatem nuntiantis, vnde merito ei potest renuntiare: Et hoc est quod dicit Vlpian. in *l.* 7. §. *si paciscat. ff. de pact.* Si paciscar ne operis noui nuntiationem exequar, quidam putant non valere pactionem, quasi in ea re prætoris imperium versetur: Labeo autem distinguit, vt si ex re familiari operis noui nunciatio sit facta, liceat pacisci, si de re publica, non liceat; quæ distinctio vera est. Et in cæteris igitur omnibus ad edictum prætoris pertinentibus, quæ non ad publicam læsionem, sed ad rem familiarẽ respiciunt, pacisci licet.

Ecce hic Iurisconsultus Vlpianus distinguit vt si operis noui rei publicæ nomine sit facta, nuntiatio teneat, nec ei renuntiare liceat, quia alias læderetur publica vtilitas: sin vero intuitu rei priuatæ & ad rem nuntiantis familiarẽ spectantis facta sit nuntiatio renuntiari ei licite possit.

Iohannes Corasius putat etiam tunc nuntiationem sperni posse quando vrgens operis necessarij extructio id postulet quia mora scilicet periculum sit allatura *l. de pupillo. §. præterea. ff. de oper. nou.* Tum quia ex huiusmodi causa permissum est sibi propria auctoritate ius dicere *l. ait prætor. §. si debitorem. ff. quæ in fraud. cred.* Tum quia appellandi facultas eodem casu submouetur *l. fin. ff. de appellat. recipiend.* Tum quia feriarum solennia remittuntur *l.* 1. *l.* 2. *l.* 3. *ff. de fer.* Tum deniq; quia & cæteræ iuris regulæ deficiunt *l. Aristo. ff. de iure deliber. l.* 1. *ff. de damn. infect. l. si magistratus. ff. de priuileg. credit. cap. vnic. §. fin. ne sede vac. in sext.*

Et hoc in *d. §. præterea.* Vlpianus diserte exprimit, hæc in verba scribens: *Præterea generaliter prætor cætera quoq; opera excepit, quorum mora periculum aliquod allatura est: Nam in his quoq; contemnendam putauit operis noui nuntiationem, quam impediri operis necessarij vrgentem extructionem: Totiens autem hæc pars locum habet, quotiens mora periculum aliquod allatura est.*

Fieri autem debet ædificanti, cuiuscunque tandem ille sit conditionis, siue furiosus sit, siue sanæ mentis & siue sit infans siue maiorennis, quamuis horum curatorum auctoritas non interuenerit *l. operis. ff. de nou. oper. nunc.* Nec interest quicquam præsentes sint ædificantes, an absentes *l.* 1. §. *nuntiatio. ff. dict. tit.* Cum enim rei fiat nuntiatio & non personæ nuntiatio *l. fin. & d. l. operis*, ideo qualitatis personę ratio nulla habetur *l. de pupillo. pr. & §. nuntiare.* Quocirca si nuntiatio furioso, infanti, minori viginti quinque annis aut absenti facta, spreta, & opus absolutum fuerit, demoliendum erit, per textum in *l. prætor. prin. ff. de oper. nou. nunc.* Cuius autem sumptibus demolitio fieri debeat controuertitur? Sed de eo circa finem huius Theseos dicetur vbi simul ostendemus operarijs nuntiationem fieri posse. *Litera C.*

Sed vbinam fieri debet nuntiatio? Dicendum videbatur quouis in loco eam fieri posse cum eum duntaxat in finem soleat opus nouum nuntiari, quo ab opere cœpto desistat ædificans: Hunc autem finem obtineri posse quocunque tandem in loco nuntietur certum est. Quęst. 4. *Quo in loco fieri debeat denunciatio?*

Verum placuit in re præsenti, hoc est, eo in loco, vbi nouum extruitur opus, faciendam nuntiationem. *l. de pupillo. §. nuntiationem.* Ita enim Vlpianus: Nuntiationem, ait in re præsenti faciendam meminisse oportebit, id est, eo loci, vbi opus fiat; siue quis ædificet, siue inchoet ædificare *l de pupillo. §. princ ff. de noui oper. nunc. Hinc si quis forte in foro domino opus nouum nuntiat: Hanc nuntiationem nullius esse momenti, exploratissimum est. In re enim*

præsenti, & pene dixerim in ipso opere, hoc est, in re ipsa nuntiatio facienda est; quod idcirco receptum est vt confestim per nuntiationem ab opere discedatur. Cæterum si alibi fiat nuntiatio, illud incommodi sequitur, quod cum venitur ad opus, si quid fuerit operis per ignorantiam factum: euenit, vt contra edictum prætoris sit factum. ait Iurisconsultus in *dict. l. de pupillo. 5. §. 4.*

Et ratio huius perspicua est, ideo enim in re præsenti fieri debet nuntiatio, quo ab opere confestim discedatur.

Nec quicquam repugnat *l. 5. §. si quis cum nuntiasset. 7. ff. quod vi aut clam.* quo in loco idem Vlpianus significat vbiuis locorum fieri posse nuntiationem: Hoc siquidem verum est, quoad parandum interdictum quod vi aut clam, vbi nihil amplius quæritur, quam verum factum sit vi opus factum Corasius *de oper. non. nunc. num. 11.*

Quæst. 5. An nuntians teneatur causam suæ nuntiationis exprimere?

Cæterum controuersum hoc est an nuntians cogatur causam suæ nuntiationis exprimere?

Communiter fere recepta est affirmatiua sententia quod si hoc exigatur ab eo cui opus nouum nuntiatur, omnino exprimi debeat. Id quod Bartolus extendit & ampliat, sic vt non solum ipsi ædificanti domino, si petat, sit exprimenda causa, sed etiam operarijs *l. de pupillo. §. nuntiare. ff. hoc. tit.* Nec sufficiat generalem causam exprimi, sed specialem etiam indicari oporteat.

Ratio autem cur causa sit nuntiationis exprimenda hanc assignat Bartolus quod super nuntiatione noui operis proceditur sicut super libello *l. de pupillo. §. meminisse. ff. de oper. nou. nuntiat.* Atqui in libello causa est exprimenda: Igitur & in operis noui nuntiatione causa erit exprimenda.

Sed hanc opinionem merito refellit Zasius: Tum quod nullo iure nitatur, nec vllus occurrat iuris textus in quo expressio causæ desideretur: Tum quia, vt ex prædictis liquet, nihil interest iure sit facta nuntiatio, an vero iniuria *l. 1. princ. ff. hoc tit.* Cum igitur iniuriosa quoque nuntiatio, & quidem notorie iniuriosa teneat, frustra & sine effectu causæ expressio desideraretur.

Nec est quod quenquam torqueat ratio Bartoli, bene siquidem ad eam Zasius respondet eam procedere nõ quoad actum nuntiationis, sed quod prosecutionem, siue executionem eius: Cum ad ipsam nuntiationem libellus non sit necessarius, ad executionem vero & prosecutionem sit necessarius libellus, & ideo etiam requiratur causæ cognitio.

Sic etiam non obstat quod is, qui nuntiat opus nouum, debeat de calumnia iurare *d. l. 5. §. 16.*

Nam qui exinde quæso colligere posse nuntiationi ipsi causam inferendam esse: Vt taceam quod iuramentum istud calumniæ non ad nuntiationem sed ad nuntiationis executionem desiderari, præstatur siquidem, prætore iam adito, cum prius operis noui nuntiatio fuerit facta, vt quæ prætoris aditionem non desideret, prout ante fuit ostensum; vt proinde si iuramentum istud calumniæ causæ expressionem argueret, ea tamen non ad nuntiationem, sed ad eius prosecutionem necessaria foret.

Litera D. Quæst. 6. An operis noui nuntiatione ad futura saltem opera spectet?

Additur in definitione vt ab opere nobis nocituro, desistat. Dicitur Nocituro: Nuntiatio siquidem operis noui ad futura non ad præterita & facta, siue perfecta opera pertinet; quod in *dict. l. 1. §. hoc autem. ff. de nou. oper. nunc.* Iurisconsultus hisce verbis expressit: *Hoc autem edictum remediumq; noui operis nuntiationis aduersus futura opera inductum est, non aduersus præterita, hoc est, aduersus ea, quæ nondum facta sunt, ne fiant. Nam si quid operis fuerit factum, quod fieri non debuit, cessat edictum de noui operis nuntiatione.*

Et ratio huius est quod in prohibitione

tione quæ per operis noui nuntiationem fit tota vis edicti posita est *dict.* §.1. *& l. prætor.* §.1. *&* §. *ait prætor. ff. de oper. nou.* præterita autem prohiberi non possunt *l. in bello.* §. *factæ. ff. de captiu.* Cum ad ea nulla sit potentia.

Sed tamen huic, quod dictum est, cessare nuntiationem si quid operis factum sit, obstat textus in *l. stipulatio.* 21. §. *opus.* 3. *ff. de operis nou. nuntiat.* vbi dicitur: *Opus autem factum accipimus, non si vnum vel alterum cæmentum fuit impositum, sed si proponatur instar quoddam operis & quasi facies quædam facti operis. vnde colligitur operis noui nuntiationem præsupponere semper aliquid operis; adeoq; falsum esse quod cesset edictum si quid operis fuerit factum.*

Sed facilis est responsio: Nam quando dicitur operis noui nuntiationem pertinere ad futura opera, ad facta autem non pertinere; Item cessare edictum de operis noui nuntiatione, tunc per opus factum intelligi non cœptum, sed perfectum opus itemque opus consummatum. *l. quintus.* §. *si factum. ff. de aur. legat.* ita vt iam possit vsui esse, tali scilicet, qualem paterfamil. destinauit *l. ædificia in fine. ff. de verbor. signif.* Neque enim intelligitur opus fecisse, qui ei propriam formam, quæ ex consummatione contingit, non dederit *l. si is qui.* §. *quædam. ff. ad l. falcid.* Quare cum dicitur cessare edictum si quid operis sit factum *dict. l.* 1 §. *hoc edictum.* intelligitur opus perfectum & absolutum in quando autem dicitur operis noui nuntiationem competere si quid operis sit factum, intelligitur opus nondum perfectum, sed cœptum duntaxat. Coras. ad *d.* § *hoc edict.*

Aliter Paulo respondet Bartolus; videlicet ad demolitionem noui operis, quæ spretam sequitur nuntiationem, pertinere *d. l.* 21. § *opus.* non vero ad ipsam nuntiationem; sed hæc explicatio accommodari non potest *d* §. *opus.* Cum in in præcedentibus sermo sit iurisconsulto duntaxat de noui operis nuntiatione. Et priorem responsionem admodum confirmat textus in *l.* 8. §. *qui opus*, 1. *ff. hoc tit.* vbi Paulus ait: *Qui opus nouum nuntiat, si quid operis iam factum erit, in testationem referre debet, vt appareat quid postea factum erit.*

Quin etsi nihil penitus factum sit & nec opus quidem cœptum, nuntiatio valet; textus apertus est in *l.* 20. §. 2. *ff. de oper. nou nunc. Siue autem vacuus locus sit, vbi nuntiatum est, siue ædificatus, æque hoc interdicto locus erit.*

Opponit huic sententiæ textus in *l. stipulatio.* §. *siue autem.* 2 *ff. de oper. noui.* vbi videtur requiri ad noui operis nuntiationē vt non tantum vnum vel alterum cæmentum fuerit positum, sed requiritur vt sit instar alicuius operis & quasi facies quędam facti operis. Vnde colligendum videtur ꝙ nuntiatio noui operis semper præsupponat opus cœptum; nec locum habere possit vbi op⁹ nondum cœptum est, sed aliquis incipere saltem destinauit.

Verum hæc sententia sustineri non potest, cum propter *dict. l.* 20. §. 2. Tum quia in *l.* 1. §. 2. dicitur ad futura opera spectare operis nuntiationem: At maxime illud futurum opus dicitur quod ne quidem cœptum est.

Bartolus respondet *d.* §. opus loqui de opere demoliendo & ideo opus aliquod præsupponere: Nuntiationem vero, etiamsi nihil operis præexistet, fieri posse & efficacem esse. Mihi dicendum videtur in *d.* §. *opus.* declarari solum quidnā per opus illud intelligatur, ꝙ, mediante nuntiatione, inhiberi debeat, non vero requiri ad ipsam nuntiationem vt opus aliquod sit factum vel fieri cœptum.

Vt porro operis noui nuntiatio competat, requiritur vt nouū aliquod iā fiat vel quis facturus sit. Nouū autē facere intelligitur qui ædificando aut demoliendo pristinam mutat operis faciem *l.* 1. §. *si quis ædificium. ff. hoc tit.*

præsenti, & pene dixerim in ipso opere, hoc est, in re ipsa nuntiatio facienda est; quod idcirco receptum est vt confestim per nuntiationem ab opere discedatur. Cæterum si alibi fiat nuntiatio, illud incommodi sequitur, quod cum venitur ad opus, si quid fuerit operis per ignorantiam factum: euenit, vt contra edictum prætoris sit factum. ait Iurisconsultus in *dict. l. de pupillo. 5. §. 4.*

Et ratio huius perspicua est, ideo enim in re præsenti fieri debet nuntiatio, quo ab opere confestim discedatur.

Nec quicquam repugnat *l. 5. §. si quis cum nuntiasset. 7. ff. quod vi aut clam.* quo in loco idem Vlpianus significat vbiuis locorum fieri posse nuntiationem: Hoc siquidem verum est, quoad parandum interdictum quod vi aut clam, vbi nihil amplius quæritur, quam verum factum sit vi opus factum Corasius *de oper. nou. nunc. num. 11.*

Quæst. 5. An nuntians teneatur causam sua nuntiationis exprimere? Cæterum controuersum hoc est an nuntians cogatur causam suæ nuntiationis exprimere?

Communiter fere recepta est affirmatiua sententia quod si hoc exigatur ab eo cui opus nouum nuntiatur, omnino exprimi debeat. Id quod Bartolus extendit & ampliat, sic vt non solum ipsi ædificanti domino, si petat, sit exprimenda causa, sed etiam operarijs *l. de pupillo. 5. §. nuntiare. ff. hoc. tit.* Nec sufficiat generalem causam exprimi, sed specialem etiam indicari oporteat.

Ratio autem cur causa sit nuntiationis exprimenda hanc assignat Bartolus quod super nuntiatione noui operis proceditur sicut super libello *l. de pupillo. §. meminisse. ff. de oper. nou. nuntiat.* Atqui in libello causa est exprimenda: Igitur & in operis noui nuntiatione causa erit exprimenda.

Sed hanc opinionem merito refellit Zasius: Tum quod nullo iure nitatur, nec vllus occurrat iuris textus in quo expressio causæ desideretur: Tum quia, vt ex prædictis liquet, nihil interest iure sit facta nuntiatio, an vero iniuria *l. 1. princ. ff. hoc tit.* Cum igitur iniuriosa quoque nuntiatio, & quidem notorie iniuriosa teneat, frustra & sine effectu causæ expressio desideraretur.

Nec est quod quenquam torqueat ratio Bartoli, bene siquidem ad eam Zasius respondet eam procedere nō quoad actum nuntiationis, sed quod prosecutionem, siue executionem eius: Cum ad ipsam nuntiationem libellus non sit necessarius, ad executionem vero & prosecutionem sit necessarius libellus, & ideo etiam requiratur causæ cognitio.

Sic etiam non obstat quod is, qui nuntiat opus nouum, debeat de calumnia iurare *d. l. 5. §. 16.*

Nam qui exinde quæso colligere posse nuntiationi ipsi causam inserendam esse: Vt taceam quod iuramentum istud calumniæ non ad nuntiationem sed ad nuntiationis executionem desiderari, præstatur siquidem, prætore iam adito, cum prius operis noui nuntiatio fuerit facta, vt quæ prætoris aditionem non desideret, prout ante fuit ostensum; vt proinde si iuramentum istud calumniæ causæ expressionem argueret, ea tamen non ad nuntiationem, sed ad eius prosecutionem necessaria foret.

Litera D. Additur in definitione vt ab opere nobis nocituro, desistat. Dicitur Nocituro: Nuntiatio siquidem operis noui ad futura non ad præterita & facta, siue perfecta opera pertinet; quod in *dict. l. 1. §. hoc autem. ff. de nou. oper. nunc.* Iurisconsultus hisce verbis expressit: *Hoc autem edictum remediumque noui operis nuntiationis aduersus futura opera inductum est, non aduersus præterita, hoc est, aduersus ea, quæ nondum facta sunt, ne fiant. Nam si quid operis fuerit factum, quod fieri non debuit, cessat edictum de noui operis nuntiatione.* *Quæst. 6. An operis noui nuntiatione ad futura saltem opera spectet?*

Et ratio huius est quod in prohibitione

tione quæ per operis noui nuntiationem fit tota vis edicti posita est *dict.* §. 1. & *l. prætor.* §. 1. & §. *ait prætor. ff. de oper. nou.* præterita autem prohiberi non possunt *l. in bello.* §. *facta. ff. de captiu.* Cum ad ea nulla sit potentia.

Sed tamen huic, quod dictum est, cessare nuntiationem si quid operis factum sit, obstat textus in *l. stipulatio.* 21. §. *opus.* 3. *ff. de operis nou. nuntiat.* vbi dicitur: *Opus autem factum accipimus, non si vnum vel alterum cæmentum fuit impositum, sed si proponatur instar quoddam operis & quasi facies quædam facti operis. vnde colligitur operis noui nuntiationem præsupponere semper aliquid operis; adeoq; falsum esse quod cesset edictum si quid operis fuerit factum.*

Sed facilis est responsio: Nam quando dicitur operis noui nuntiationem pertinere ad futura opera, ad facta autem non pertinere; Item cessare edictum de operis noui nuntiatione, tunc per opus factum intelligi non cœptum, sed perfectum opus itemque opus consummatum. *l. quintus.* §. *si factum. ff. de aur. legat.* ita vt iam possit vsui esse, tali scilicet, qualem paterfamil. destinauit *l. ædificia in fine. ff. de verbor. signif.* Neque enim intelligitur opus fecisse, qui ei propriam formam, quæ ex consummatione contingit, non dederit *l. si n qui.* §. *quædam. ff. ad l. falcid.* Quare cum dicitur cessare edictum si quid operis sit factum *dict. l.* 1 §. *hoc edictum.* intelligitur opus perfectum & absolutum in quando autem dicitur operis noui nuntiationem competere si quid operis sit factum, intelligitur opus nondum perfectum, sed cœptum duntaxat. Coras. ad *d.* § *hoc edict.*

Aliter Paulo respondet Bartolus; videlicet ad demolitionem noui operis, quæ spretam sequitur nuntiationem, pertinere *d. l.* 21. §. *opus.* non vero ad ipsam nuntiationem; sed hæc explicatio accommodari non potest *d* §. *opus.* Cum in in præcedentibus sermo sit iurisconsulto duntaxat de noui operis nuntiatione. Et priorem responsionem admodum confirmat textus in *l.* 8. §. *qui opus.* 1. *ff. hoc tit.* vbi Paulus ait: *Qui opus nouum nuntiat, si quid operis iam factum erit, in testationem referre debet, vt appareat quid postea factum erit.*

Quin etsi nihil penitus factum sit & nec opus quidem cœptum, nuntiatio valet; textus apertus est in *l.* 20. §. 2. *ff. de oper. nou nunc. Siue autem vacuus locus sit, vbi nuntiatum est, siue ædificatus, æque hoc interdicto locus erit.*

Opponit huic sententiæ textus in *l. stipulatio.* §. *siue autem.* 2. *ff. de oper. noui.* vbi videtur requiri ad noui operis nuntiationẽ vt non tantum vnum vel alterum cæmentum fuerit positum, sed requiritur vt sit instar alicuius operis & quasi facies quędam facti operis. Vnde colligendum videtur ꝙ nuntiatio noui operis semper præsupponat opus cœptum; nec locum habere possit vbi op⁹ nondum cœptum est, sed aliquis incipere saltem destinauit.

Verum hæc sententia sustineri non potest, cum propter *dict. l.* 20. §. 2. Tum quia in *l.* 1. §. 2. dicitur ad futura opera spectare operis nuntiationem: At maxime illud futurum opus dicitur quod ne quidem cœptum est.

Bartolus respondet *d.* §. opus loqui de opere demoliendo & ideo opus aliquod præsupponere: Nuntiationem vero, etiamsi nihil operis præexistet, fieri posse & efficacem esse. Mihi dicendum videtur in *d.* §. *opus.* declarari solum quidnã per opus illud intelligatur, ꝙ, mediante nuntiatione, inhiberi debeat, non vero requiri ad ipsam nuntiationem vt opus aliquod sit factum vel fieri cœptum.

Vt porro operis noui nuntiatio competat, requiritur vt nouũ aliquod iã fiat vel quis facturus sit. Nouũ autẽ facere intelligitur qui ædificando aut demoliendo pristinam mutat operis faciem *l.* 1. §. *si quis ædificium. ff. hoc tit.*

Quæst. 7. An reficienti possit nouum opus nunciari?

Hinc quæritur de reficiente, vtrum, ipsi nouum opus nuntiari queat? pro negatiua sententia videntur militare textus, perquam dilucidi.

Nam in *l.* 1. §. 13. *ff. hoc tit.* Vlpianus hæc in verba scribit: *Si quis ædificium vetus fulciat, an opus nouum ei nuntiare possumus, videamus & magis est; ne possimus: Hic enim non opus nouum facit, sed veteri sustinendo remedium adhibet.*

2. In *l.* 5. §. *si quis riuos.* 13. *ff. de oper. nou. nuntiat.* ita scribitur: *Si quis riuos vel cloacas velit reficere vel purgare, operis noui nuntiatio merito prohibetur.*

3. In *l. Seruius.* 3. §. *si quis riuum.* 8. *ff. de riuis.* Vlpianus, *si quis riuum,* inquit, *reficienti opus nouum nuntiat belle dictum est posse, contemni operis noui nuntiationem: Cum enim prætor ei vim fieri vetet, absurdum est operis noui nuntiatione eum impediri.*

4. In *l.* 1. §. 13. *ff. de Cloacis. Si quis purganti mihi cloacam, vel reficienti opus nouum nuntiauerit, rectissime dicetur, contempta nuntiatione, me posse reficere id, quod institueram.*

5. Et quod nouum non faciat qui reficit, probat *l.* 1. §. *penult. ff. de mort. inferend.* cuius hæc sunt verba: *Ædificare autem non solum qui nouum opus molitur intelligendus est, verum is quoq; qui vult reficere.* Ecce hic sibi inuicem opponuntur reficere & nouum opus facere: non igitur facit nouum opus qui reficit, ac consequenter reficienti non potest nouum opus nuntiari.

6. Idem plane comprobat etiam *l.* 3. §. *reficere.* 15. *ff. de itinere actuque priuato*: In qua dicitur: *Reficere sic accipimus ad pristinam formam iter & actum reducere, hoc est ne quis dilatet, aut producat, aut deprimat, aut exaggeret, & aliud est reficere & aliud longe facere.*

Rursus quod reficienti quoque possit nouum opus nuntiari probat hoc argumentum: Nouum opus nuntiari potest: quotiens fit aliquid noui operis. *l.* 1. *ff. de nou. oper. nunc.* Atqui refectione fit nouũ opus, quia domus refecta alia est domus. *l. inter stipulantem.* §. *sacram. in fine. ff. de verbor. obligat.* & reficiens de nouo facere videtur *l.* 1. §. *deinde. ff. de riuis.*

2. Accedit quod cum in *l.* 5. §. *si quis riuos. ff. de oper. nou.* quæratur vtrum reficienti riuos possit nuntiari nouum opus? idcirco reficiens quoq; nouũ opus facere dicatur; quia alias de reficiente riuos inepte quæreretur ac dubitaretur.

Hæc vt concilient Interpretes nostri valde laborant, Duarenus distinguit vt si totum ædificium sit destructum illudq; restituatur, tunc dicatur refectione ædificij fieri nouum opus ac locum habeat noui operis nuntiatio *l. inter* 83. §. 5. *versic. & nauis. ff. de verbor. oblig.* in verb. *sicuti de ædibus deposita signa ea mente vt reponantur, ædium sunt. Sed si vsq; ad aream deposita sit, licet eadē materia restituatur, alia erit.* Quod si ædificium non in totum destructum reficiatur, nouum opus nuntiatur non intelligatur factum & ideo cesset noui operis nuntiatio. Sed hæc distinctio Duareni mihi plane verisimilis non accidit: In eo quippe ipsi adstipulari non possum quod dicit refici ædificium cum in totum & ad aream vsque destructum restituitur: proprie enim id ædificium refici dicitur, cuius adhuc quædam supersunt vestigia apparetque prima materia, quæ pristinum in statum reponitur *l. quid tamen.* §. 1. *ff. quib. mod. vsusfruct.* non etiam quod prorsus dirutum est ac solo æquatum. Coras. ad *l.* 1. §. *hoc edicto. ff. de oper. nou.*

Nec sane in *d. l. inter* 83. §. 5. nihil quicquam habetur de refectione ædificij in totum diruti & solo æquati.

Mihi posterior sententia probabilior videtur, quamquam Andr. Alciat. ad *l.* 1. §. 13. *ff. hoc tit.* Iohannes Coras. ad *d.* §. *hoc edict.* in verb. *opus.* priorem amplectantur, & simpliciter negent operis noui nuntiationem ad refectionem spectare.

Nec

Nec aduersantur quæ pro sententia priori adducta fuerunt argumenta.

Ad primum respondeo *in l.1.§.15.ff. de Nou.oper. nunc.* non agi de reficiente, sed de fulciẽte & tibicines supponente; hic nihil noui operis facere dici potest. Igitur textus ad præsentem quęstionem deficiente conceptam, non pertinet.

Ad secundũ respondetur in refectione riuorum hoc speciale esse, quod in ea deficit noui operis mutatio. Ita Zasius *in d.l.1.§.si quis riuos.nu.2.* Et ita ibidem Bart. ratio autem specialitatis hæc est, quod publice interſit riuos & cloacas purgari & ideo ei, qui riuos reficit non possit nouum opus nunciari, ne publica impediatur vtilitas *d.l.5.§.si quis riuos.*

Idem quoque ad tertium & quartum respondetur. Et sane cum propter salutẽ & vtilitatem publicam nõ possit nouum opus nunciari riuos & cloacas reficienti, idcirco exinde infertur ius commune esse in contrarium, ita vt reficienti res alias possit nouum opus nunciari. Exceptio quippe arguit regulam in contrarium eandemque confirmat in casibus non exceptis.

Ad quintum respondetur reficere & nouum opus facere quãdo sibi inuicem opponuntur, tunc facere nouum opus idem significare, quod nouũ ædificium in totum extruere. Alioquin & qui reficit vetus, aliquid noui operis fuerit, vt supra demonstratum fuit.

Ad sextum respondetur dupliciter: Nam primo Bartolus respõdet verbum reficere esse ambiguum, interdum specialiter & proprie sumi atque idem significare quod ædificium nondum collapsum, sed aliqua ex parte defectũ redintegrare; Interdum vero generaliter sumi hoc verbum vt significet ædificium funditus collapsum & destructum restaurare, restituere: cum reficere iterum sit quod rursus facere. In priori itaque significatione reficere opponitur facere, in posteriori vero non item, in qua qui reficit, facit.

Duarenus putat latere ambiguitatem in verbo opus nouum: Nam qui reficit ille dicitur, diuerso respectu, nouum opus facere & non facere nouum opus: Facit nouũ opus si fiat respectus ad eam operis formam, quæ fuit tempore nunciationis. *l.stipulatio. §. opus.ff. de nou.oper. nunc.* etiamsi in eam restituatur formam, quæ fuit etiam ante decennium. Non autem facit nouum opus, qui reficit si respectus habetur ad tempus anterius quo adhuc in integro fuit statu.

Hic lubet subiicere quæstionem elegantem non minus atq; inutilem, anne refectione rerum siue partium singularum mutetur vniuersum, an eadem res maneat? Quęst. 8. *An refectione rerum siue partium singularum mutetur vniuersum, an eadẽ res maneat?*

Pro negatiua sentẽtia primo facit textus *in l.quid tamen.10.§.pen.l.repeti.5.§.2.ff. quib.mod.vsusfruct.amitt.l.20.§.sublatum.de seruit.vrban.in l.qui vsumfructũ.36.ff.de vsufr. l.si ita legatum.65.in fine.ff.de legat.1.* Quibus in locis statuitur, si nauis simul vsq; quaq; dissoluta sit, licet iisdem tabulis, nulla præterea adiecta restaurata sit, non tamen eandẽ nauim manere ac proinde vsumfructum nauis constitutum extingui, idemq; obtinere si domus diruta sit & ex iisdem cæmentis lignisq; restituta.

2. Confirmat hanc ipsam sentẽtiam ratio aperta & perspicua: Cum enim ex forma quæq; res sit id quod est & forma dat esse rei *l.9.§.si quis.ff.ad exhibend.* ideo sublata per dissolutionem forma nauis, corpus esse desinit, nec ex iisdem quantumuis tabulis refecta idem corpus esse intelligitur. Aliud siquidem materia est & aliud species *l.18.§.3.ff.de pign.act.* & cui materia legata est, ei species ex ea facta non debetur *l.88.ff.de legat.3.*

Sed pro contraria & affirmatiua sententia inprimis facere videtur *l.83.§.sacram.ff.de verb.oblig.* vbi circa propositam quæstionẽ distinguit, vtrumne dominus confi-

consiliũ habuerit eiusdẽ nauis ac domus reficiẽdæ, an tabulas & tigna & cœmenta in aliũ vsum conuertendi; vt illo casu eadem intelligatur esse nauis & domus: Hoc non item. Deinde pro eadẽ sententia pugnat pugnat text. *in l. 79.* §. *Area. ff. de leg. 3. l. 44.* §. *si area. ff. de leg. 1. l. 39. ff. de leg. 2.* vbi de area asseritur, quod etsi species eius mutetur tamen debeatur, si postea area rursus sit facta. *& in l. 29.* §. *pen. ff. de pignor.* si domus diruta sit, oppignerata dicitur manere area, quia superficies ius soli sequi dicitur.

3. Deniq; eandem sententiam confirmat *l. 76. ff. de iudic. l. 65.* §. *vlt. ff. de legat. 1. l. 22. cod. l. 13. de pignor. l. 34. ff. eod.*

Verum hisce hactenus recensitis argumentis ac fundamentis nemo moueri debet, vt in posteriorem sententiam concedat & à priori recedat.

Ad primum enim argumentum respondet Hotom. *in d. l. 83.* §. *sacram.* à cæteris ICtis nõnihil dissentire, nec admittendam eius sententiam, qui falsum sit, quod ad rei diuersitatẽ aut identitatem, ad corporis deniq; qualitatem cõsilium & propositum hominis aliquid valeat.

Et sane non videtur id posse mentem & animum resoluentis, vt nauis eadem maneat aut non maneat, sed resolutionẽ ipsam siue mutationẽ nauis id facere potius vt nauis eadem post maneat, vel nõ maneat. Et idcirco etiam distinctio hæc de mente & animo, etsi paulo placuit *in d. l. 83.* §. *sacram.* ab aliis tamen omissa fuit.

Verum Alciatus *in d.* §. *sacram.* putat distinctionem Pauli non quidem iure stricto procedere, sed benignitate solum niti ac sustineri; ita vt si iuris stricti spectetur ratio tunc, qualicunq; animo fuerit reficiens, non intelligatur prior esse nauis: Sin vero æquitatem consideremus, tunc pro eadem naui habeatur, si quidem hoc animo fuerit nauim resoluẽs vt rursus ex tabulis nauim cõficeret.

Cæterum Hubert. Giphan. *in Lectur. Altorphinis ad d.* §. *sacram.* ait prædictam Pauli distinctionem nõ esse nouam, nec exemplo carere, nec reiiciendam esse. Exemplum eius dicit extare *in l. 86. ff. de legat. 3.* vbi asseritur, si quis domum leget quæq; ibi erunt cũ morietur, hoc legato non contineri pecuniam in domo quidẽ repertam, sed quam defunctus eo animo ibi reposuerat exactam à debitoribus, vt denuo aliis nominibus collocaretur & rursus fœnore occuparetur. Aliud exẽplum putat exhiberi *in d. l. si chorus.* §. *1. de leg. 3.* vbi omnia mobilia, quæ in domo erant, legata fuerunt, & dicitur nummos tales, id est, eo animo ibi repositos, vt mutuo dentur ac fœnori non contineri eo legato. Cum igitur hisce casibus animus ac propositum spectetur, ideo absurdum videri nõ debet quod nauis, quę dissoluitur eo animo, vt statim & ex iisdem tabulis reficiatur, merito cẽseri debet esse eadem nauis; præsertim cum in nostro casu carina nauis, quæ est fundamentum nauis relinquatur; Carina autem atq; sic fundamẽto nauis saluo manente, manet etiam nauis salua & integra. *l. 24.* §. *vlt. de legat. 1. l. Minicius. ff. de rei vindicat.*

Ad secundum argumentum de area adductum respondetur à Francisc. Hotom. aream, quoad præsens negotiũ, diuersissimam habere à cæteris rebus cõditionem & naturam, quia ius soli superficies sequatur, cum area pars domus sit & quidem maxima *l. qui res. 98.* §. *vlt. ff. de solut.* vbi Paulus scribit, aream non desiisse in rerum natura esse.

Ad tertiũ resp. Hotom. distinguẽdum esse vtrũ res singulę vno tempore mutatæ fuerint, an sensim, particulatim ac diuersis temporibus vt priori casu verissimum sit refectione siue restauratione non eandem cum priori re esse censeri: Posteriori vero species maneat pristina ac proinde res eadem, non diuersa.

Ratio-

Rationem huius elegantem adduxit Alfenus *in d.l 76.ff. de iudic.* quod nempe cuius rei ſpecies eadem conſiſteret, ea quoq; eadem exiſtimari debeat. Et ſane cum rei forma ſit ex qua quæque res eſt, id quod eſt. *l. Iulianus.ff.ad exhib.* igitur etiam cõtinuatio formæ eſt rei ipſius continuatio: Et quemadmodum renouatio partis vnius totum non renouat, quoniam ſpecies & forma eadem manet, vt ſi ſtatuæ brachium aliud, appoſitum ſit *l.ſi ſtatua. 14. ff. de auro & argent. legat.* ita particularis renouatio rem vniuerſam non renouat.

Liter.E. Noui porro operis nunciationis hæc vis & hic effectus erat, vt nunciatus cogeretur deſiſtere ab opere cœpto; ita vt ni hoc faceret cõpelleretur poſtea opus perfectũ demolire, ſiue iure, ſiue iniuria nunciatio ſit facta *l.20.§.1.ff hoc tit.*

Sic tamen vt ſi nũciatus paratus eſſet ſatisdare & cauere de opere demoliẽdo quando aparuiſſet, quod ius ædificandi ſibi non fuiſſet, ipſi ruſus ædificare permittebatur. *l 5.§.ſi cui.ff.hoc tit.* Hoc vero ius ſatisdandi noua Iuſtiniani conſtitutione *in l.vnic. C.de noui oper. nunciat.* non eſt ſublatum, ſed aliqualiter duntaxat reſtrictum, ſic vt adhuc quidem ſatisdare poſſit nunciatus, ſed ita ſi ſpacium trium menſium prius fuerit præter lapſum. Duaren. *ad d.l.5.§.17.ff.de oper.nou.nunc.*

Litera F. Quęſt. 9. *An qui ignorat nunciatum eſſe nouum opus cogatur illud ſuis?*

Cæterum ſi abſq; ſatisdatione nunciatus pergat opus facere ac perſpicere cogitur poſtea ſuis ſumptibus illud demolire ac tollere: Nec refert quicquam ipſi facta ſit nunciatio an operariis, vel vxori aut ſeruis eius: & ſciuerit ipſe nouũ opus nunciatum eſſe, an ignorauerit.

Verum hoc caſu, quo ignorauit dominus nunciationẽ operis noui eſſe factam, pleriq; exiſtimant tollendũ quidẽ id quod poſt nunciationem ædificatum fuit, ſed non impenſis domini, ſed ipſius nunciantis; id quod ſequentibus fundamentis obtinere conantur.

1. Ignorantem, inquiunt, qui delinquendi animum & propoſitum non habuit, pœna, & quidem grauiſſima pœna affici, periniquum foret, ſimul etiam abſurdum; cum leges pœnas duntaxat ſcientibus & non etiam ignorantibus arrogare ſoleant *l. final.ff. de decret. ab vtil. l. ex maleficiis. §. 1. ff. de obligat. & actio. l. penultim. C. de tabul.* & pœna ſit fraudis delictorumve exercitio *l. aliud eſt fraus. ff. de verbor. obligat.* Atqui demolitio ædificij, quæ præſertim proprio ſumptu fieri deber, pœnam continet. *l. penult. ff de operis nou. nunc.* Igitur ignorantibus non debet imponi.

2. Accedit deinceps exemplum hæredis eius, qui, remiſſione non impetrata, ædificauit, hic enim hæres patientiam quidẽ demolitionis operis præſtare debet; ſumptus vero deſtructionis erogare nõ tenetur *d.l. penult.* pari itaq; modo nõ tenetur ignorans ſuis impenſis deſtruere ædificium, quod poſt nunciationem extructum eſt.

3. Adde quod cauſa, ob quã id, quod poſt nunciationem eſt extructũ & ædificatũ debeat ſumptibus ædificantis tolli, in caſu noſtro penitus deficiat: nec enim vllus prætoris contemptus illi imputari poteſt, qui iuſte ignorat ſibi ex prætoris edicto quicquam imperari.

Verum cõtrariam opinionem, quam & Treutlerus noſter amplectitur, veriorem eſſe iudico, ita tamen vt ab eo tempore quo veriſimiliter innotuit domino nũciatio noui operis, ad demolitionẽ, ſuis ſumptibus faciẽdam, obſtringatur, tametſi fortaſſis reuera nũciationem factam eſſe ignoret. *c.2. de oper. nou. nunc.*

Et hac ſententia iſta nititur ratione, quod verba prætoris ſimpliciter loquãtur & in rem ſint ſcripta: *Quod factum eſt restituas l. prætor. pr. & §. ait prætor. ff. de nou. oper. nunciat.*

2. Quia Vlpianus *in l.1. §. ſed etſi quis. ff. quod vi aut clam.* generaliter dicit, eum,

qui

qui contra denunciationem ædificat, vi fecisse videri *l.1.§.sed & si quis.ff.quod vi aut clam.* Nec debeat vllius absentia aut ignorantia nunciatori obesse, qui officio suo probe sit functus *l.2.C.de annali exceptione*, nocet et autem, si tollendi operis impendia erogare teneretur *l.3.§.item si locum.ff.de alienat.iudic.mut.*

Et hæc, vt dixi sententia communi DD. calculo recepta est & approbata: Nec sibi obstare existimāt primum argumentum: Respondent enim primo demolitionem operis, nunciari impensis faciendam, non esse respectu ædificantis pœnam, & ideo, licet nihil ipse deliquerit, tamen ab eo fieri oportere.

Verum Corasius hanc assertionē falsam esse ipse agnoscit; Tum quia delinquat, qui contra prætoris edictum ædificat. Tum quia damnosa ædificanti esse non potest demolitio, vt per quam operæ iam factæ & cœmenta ipsa perire parietesq; corrumpi cōtingat. *l.Senatus.ff.de contrah.empt.*

Ipse proinde Corasius respondet, destructionē istam operis meram quidem pœnā non esse, cum intersit nunciatoris *l.vnic. in fine.ff.si quis ius dicenti.* At respectu ædificantis, qui suo sumptu opus destruit, pœnam esse *l.1.§.si plures.ff.de eo per quem fact.erit.*

Respōdet deinceps: Etsi doli & fraudis expers sit nunciatus, non tamen ipsum culpa vacare, vt quem prudentiorem esse oportuerit in eligendis ministris *l.si seruus.§.si fornicarius.ff.ad l.Aquil.* Vnde si operarij, quib. nūciatio facta est, non renuntiauerunt nunciationē noui operis factā esse, sibi debet dominus imputare, qui tales proposuit. *§.final.Inst.de societ.* quorum alioquin factum præstare teneretur *l.1.§.fin ff.naut.caupon.& d.§.si fornicarius.* Et quanquam omni culpa careret dominus, subest tamen præcedēs, nimirum ex edicto prætoris legitime facta nunciatio. Facit autem causa nōnunquā, vt ignorās aut alius, qui caret culpa, puniatur. *cap.fine culpa.de reg.iur.in sext.* vt videre est in filiis damnatorum læsæ maiestatis *l.5.§.filij.ff.ad l.Iul.maiest.*

Deniq; non culpā ait hoc edicto, sed factū ipsum à lege considerari, dicit Corasius, prout verba prætoris in rem concepta demonstrent *d.l.prætor.§.1.& §.ait prætor.ff.de oper.nou.* Et ideo disputari non debeat, quomodo sit facta nūciatio noui operis, sed an sit facta. *l.cum seruus.ff.de verb.oblig.*

Ad exemplū hæredis secūdo loco allegatū respondet idem Coras. hæredem nunciati idcirco ad impensas demolitionis teneri, quia ipse nihil noui operis, neq; eius nominis alius fecerit, sed defunctus cui, & non hæredi, facta fuerit nunciatio. *l.3.§.item si locum.ff.de alien.iud. d.l.penult.ff.de oper.nou.*

Tertium argumentum, quod Corasio grauissime omnium obstare videbatur, ipse intactum reliquit.

Quocirca ego, fiducia illius, existimo veriorē esse illorū sententiā, qui statuāt, ꝙ si ignorāte domino facta sit nunciatio, ab opere tamē discessum nō sit, pati quidem dominum cogi opus destrui, sed tamen impensas ipsum præstare non cogi.

Id quod etiam egregie confirmat primum argumentū pro ea opinione adductū: nam plus quam certum est pœnam non irrogari nisi delinquenti: At quid, obsecro, delinquit, qui ignorās opus nouum esse nunciatū, ædificat: At, inquit, Corasius culpa tamen ipsi imputari potest, ꝙ operarios huiusmodi operi sui præposuit, qui cautiores, qui diligentiores, quiq; fideliores nō fuerint, ipsumq; de nunciatione facta certiorē non reddiderint. Sed cōsiderare debuisset Corasius ꝙ operarij eo fine cōduci nō soleant, sed vt saltē opus perficiāt ædificiūq; extruāt, in eo igitur fides & diligentia atq; industria ipsorū requiritur, extra quā vero officium ipsorum sese extendit, non item.

Ad

Ad hæc quanquam aliqua fortassis culpa & negligentia imputari posset ædificanti non tamen ea tanti foret momenti, vt eiusmodi graui pæna afficiendus esset nuntiatus, præsertim cum culpa huius satis iustam excusationem habere videatur, quod nempe ipsi non semper de fide, integritate & industria operariorum constare possit nec hoc ad ipsum spectet inquirere, sed potius quam sint artis suæ, quam profitentur periti.

Et quicquid etiam dicat Corasius, pœna est destructio operis impensis ipsius ædificantis facienda: Pœna quippe vocatur in *d.l.pen.ff.de oper.nou.*nunc. Nec enim, vt somniat Corasius, nuntiati heres impensis suis destruere opus non cogitur, quia ipse nihil noui operis fecerit, neque etiam eius nomine alius; sed vera eius rei causa ab ipso ICto expressa est in *d.l.penultim.* Illic enim Marcellus. *Cui*, inquit *nouum opus nuntiatum est, ante remissam nuntiationem opere facto decessit, debet heres eius patientiam destruendi operis aduersario præstare: Nam & in restituendo huiusmodi opere eius, qui contra edictum fecit, pœna versatur porro autem in pœnam heres non succedit.* Ecce hic ICtus veram rationem assignat cur heres nuntiati impensas demolitionis non præstet, quia nempe in pœnam non succedat heres, pœna autem sit ista de qua agimus, demolitio.

Nec iuuat quicquam opinionem Corasii quod ait, non ex parte nuntiantis, sed ex parte nuntiati pœnam esse impensis nuntiati destructionem fieri; Hocquippe sufficit ad hoc vt à pœna ignorans immunis esse debeat.

Ad vtrumque Corasii argumentum respondeo, etsi verba prætoris generaliter sit concepta ex æquitate tamen, humanitate & benignitate illam temperamentum accipere. Itaque namque de edicto prætoris, quod de in ius vocando proposuerat, scribit Paulus *in l.11.ff.de in ius vocand. Quamuis non adiiciat prætor, causa cognita se pœnale iudicium daturum, tamen Labeo ait moderandam iurisdictionem, veluti si pœniteat libertum & actionem remittat vel si patronus vocatus non venerit, aut si non inuitus vocatus sit, licet edicti verba non patiantur.* Edicta proinde prætorum generalibus verbis concepta, ex æquitate non minus restringuntur atque leges. Etsi proinde prætor generalibus hisce verbis edixerit, *quod factum est restituas*; ex æquitate tamen sic accipiuntur, vt *quod factum est, sciente te restituas.*

Sed quid si minor sit 25. annis nuntiatus, anne poterit restitui in integrum si ignorans ædificauerit? *Quæ.10. An minor contra nuntiationem ædificans restituatur in integrum?*

Negat Accursius quia etsi minor ex hac causa restitueretur non tamen ei vtile foret, quandoquidem eum in statum restituendum foret, in quo fuit tempore nuntiationis, hoc autem facto, officium diruetur, quod è commodo minoris non foret, maxime si forte ius ædificandi habuit.

2. In delictis, inquiunt, minori restitutio non datur *l.si ex causa.* §. *Nunc videndũ ff.de minoribus l.Auxilium.eod.tit.* Atqui delictum est spernere nuntiationem noui operis, eamque spernendo prætoris auctoritatem & maiestatem contemnere.

3. Contra noui operis nuntiationem non restituitur Ecclesia *c.2.de Nou. oper. nunt.* Non igitur succurritur minori.

4. Omnes quæstiones de proprietate debent differri in iudicium petitorium *l.si quis ad se fundum.ff.ad L. Iul.de vi public.* Atqui minor petit restitutionem in integrum hoc colore quod habeat ius ædificandi. Ergo debet ista petitio referri ad petitorium iudicium nec tractari in hoc præsenti interdicto quo agitur de possessione & restitutione eiusdem.

CC Hisce

Hisce argumentis motus Duarenus subscribit huic opinioni; ita tamen vt tunc demum eam procedere velit, quando magna aliqua & grauis causa subest, quæ prætorem mouere possit indulgendum in integrum restitutionem. Restitutio quippe in integrum fere pendet ex arbitrio prætoris *l. 1. Digest. de minor.* in verb. *vti quaque res erit*, *animaduertam.*

RESOLVTIO THESIS *Secunda.*

Lit. A. CAusa in qua opus nouum nunciatur est vel priuata, vel publica: In publica causa omnes eius loci ciues nũtiare possunt, propterea quod interfit Reipubl. suæ causæ defensionem quam plurimis patere *l. ferrum §. publicæ ff. de proc. l. 4. ff. de oper. non. nunciat.* Et quia ipsorum quoque ciuium singulorum interest, ne quid detrimẽti res publica capiat. Quapropter si vel in loco sacro, vel religioso vel publico ædificetur, omnes ciues nouum huiusmodi opus nuntiare possunt *l. In prouincialibus. §. vlt. ff. hoc tit.*

Incolæ & peregrini non possunt nouum opus publica è causa nunciare quia priuatum illorum interesse hic deficit.

Nec obstat quod in via publica ædificanti etiam incolæ opus publicum nunciare possunt *l. 1. Digest. de via publica.*

Nam hoc singulare est & ratio etiam satis patet quia nempe peregrinorum quoque interest viarum publicarum conditionem ædificando non reddi deteriorem; quandoquidem permittitur omnibus via publica ire, etiamsi ciues non sint *l. per. agrum C. de seruitut.*

Via publica nemo recte prohibetur. Plaut. in Curcull. Nemo ire quenquam publica prohibet via.

Sed tamen Franc. Duarenus in eam inclinat sententiam quod nec incolæ nec peregrini possint opus nouum nunciare, cum nullus omnino sit textus qui incolis vel peregrinis concedat facultatem nouum opus nunciandi: Nam quod ad *d. l. 1.* attinet, dicitur quidem illic quod omnibus liceat nouum opus in via publica ædificanti nuntiare, sed incolarum & peregrinorum illic nulla fit mentio; Et proinde commodissime ille locus sic accipi potest, vt omnibus liceat opus nouum nuntiare, quibus publicas causas defendere competit, cum verba generalia ex subiecta materia restrictionem recipiant.

De inquilino quoque & colono vtrumne nouum opus nunciare queant, dubium mouetur?

Et receptissima sententia est quod colonus suo nomine non possit opus nouum nunciare. QUÆ. IX. *An nouum opus nunciare possint colonus & inquilinus?*

Ratio hæc adducitur, quia non habet ius in re *l. Non solet. Digest. loc.* Non obstat *l. de loco publ. fruend.* vbi conductor siue redemptor vectigalis potest nouum opus nuntiare.

Hunc enim excipi à regula superiori ait Duarenus; Hic enim conductor multa habet singularia: In hoc quippe creditore & hoc singulare est quod potest prædia & possessiones non soluentium vendere *l. creditor. Digest de action. empt.*

Sed numquid saltem nomini domini & locatoris nuntiare nouum opus poterit?

Negandum hoc videtur per textum in *l. 3. §. penultim. ff. hoc tit.* qui textus loquitur generaliter & indistincte.

Verum affirmatiua videtur recipienda tum exempto vsufructuarii, quem procuratorio nomine nuntiare constat *l. 1. §. vlt. ff. hoc tit.* Tum quia colono siue inquilino intelligitur cura diligentis custodiæ esse demandata, sicut fructuario

rio *l.videamus.Digest locati.Litem queritur.* *§.Ex ercitu.Digest.eod.tit.* Vtilitatis proinde causa receptum est vt domino absente nũtiare & experiri colonus possit.

Quæ. 12. *A pupillus publico nomine possit nuntiare opus nouum?* De pupillo etiam quæsitum est possitne publico nomine opus nouum nuntiare,& placet non posse etsi tutoris authoritas interueniat.

Ita quippe Vlpianus in *l.5.pr.Digest. de oper.nou nunt.De pupillo*, inquit, *quæsitum est* & Iulianus *lib.12.Digest. scripsit pupillo non esse operis noui nuntiationis executionem dandam nisi ad ipsius priuatum commodum res pertineat.*

Ratio autem eius hæc est quod eius ætas ad Reipubl.vtilitatem idonea non sit *l.2.ff.de Reg.Iur.l.2.Digest. de muneribus & honoribus.*

Nec quicquam hic facit tutoris authoritas, vt ad cuius officium non pertinent quæ sunt publica. *lege final. de curator.furios.*vnde dici solet suffragium non admitti in publicis causis & negotiis *l.Spurij §.minores. ff. de decur.* Duaren. *c.5.de oper.nou.nuntiat.*

Sed numquid suo nomine & ad priuatum suum commodum nuntiare poterit pupillus? Affirmat Vlpianus dummodo tutoris interueniat authoritas *d.l.5.pr.* Nisi ait Vlpianus, *ad ipsius priuatum commodum res pertineat. Veluti si luminibus eius officiatur aut prospectui obsit: Non aliter autem pupilli rata habebitur nuntiatio quam intercedente tutore auctore.*

Sed huic assertioni obiicit Bartolus quod tutoris authoritas ad ea negotia non sit necessaria quæ ad commodum pertinent pupilli *l.obligari ff. de authorit. tutor.*tale vero negotium esse operis noui nuntiationem declaret ipse ICtus Vlpianus in *d.l.5.pr.* Igitur à pupillo etiam sine authoritate tutoris fieri posse.

Deinde opponit quod actus extraiudicialis, qualis est noui operis nuntiatio, possit per seruum & pupillum expediri *l.seruus.ff.de bonor.poss.*

Sed vtraque obiectio leuissimi ponderis est: Nam in iis demum actibus non est necessaria tutoris authoritas qui sic ad cõmodum pupilli spectant,vt non possint illi esse detrimentosi *pr.& §.1. I. de auctorit. tutor.* Vnde hereditatem, quamuis lucrosa pupillo esse possit, non adit sine tutoris auctoritate, nec bonorum possessionem suscipit, quia fieri potest vt exinde suam conditionem deteriorem reddat. Iam vero operis noui nuntiatio sic ad vtilitatem pupilli spectat vt etiam damnosa eidem existere queat. Quid enim si causa nuntiationis minus fuerit iusta; potest conueniri pupillus ad interesse actione in factum atq; sic grãde aliquod damnũ incurrere.

Ad secundam dubitandi rationem responderi potest à pupillo extra iudicialẽ actum sine tutoris authoritate fieri posse, si ipsi pupillo damno cedere nequeat. *d.l.obligari.ff.de auctorit.tutor.d.pr.& §.1.I. eod.*Huic quæstioni vicina est de adulto quæstio, anne si curatorem habeat possit nouum opus nunciare? Quæ. 13. *An adultus curatorem habens possit nouum opus nuntiare?*

Et quidem publico nomine nuntiare eum posse videtur omnino dicendum quia ad Rempublicam administrandam minor 15.annis admittitur *l.1.§.2.ff.de offi. Consul.l.57.ff.de re iudicat.*

2. Deinde adultus eius iam est discretionis vt possit in publicum procedere *§.fin.I.quibus ex caus.manumit. non licet.l.1.§.pueritia.ff.de postuland.*

3. Regula est à Paulo ICto tradita in *l.4. ff. de popular. action.* popularem actionem ei permitti, cui per edictum postulare licet: Atqui adulto, dummodo excesserit annum decimum octauum postulare posse, expeditum est *d.l.1.§. pueritia. ff. de postulanda.*actiones igitur populares exercere possunt; Et consequenter non prohibentur opus nouum publico nomine nuntiare.

4. Insuper regula est quod si in publico aliquid fiat, quod nociturum sit vsui publico, omnes ciues opus nouum nunciare posse *l. In prouinciali 3. §. fin. ff. de oper. nou.* ab hac regula excipitur pupillus *d. l. 5. pr.* Adultus vero nuspiam excipitur; Ergo sub regula ista comprehenditur. Et sane si eadem est, quoad præsens negotium pupilli & minoris conditio, cur Vlpianus non in genere dicit, de minore quæsitum esse &c. quare cum pupillum excipiat expressim & nominatim, idcirco exceptio regulam confirmabit in persona adulti, nominatim non excepti.

Equidem Bartolus in contrariam concedit sententiam, statuens nec adultum posse publico nomine opus nouum nuntiare & *ad d. l. 4. ff. de popul. act.* respondet actionem popularem ideo ab adulto exerceri posse quia post litem contestatam sit in bonis eius, id quod de operis noui nuntiatione affirmari nequeat. Cæterum leuiuscula est hæc exceptio, cum constet ab initio populares actiones non esse in bonis illius qui eas exercendas suscipit. Et quanquam essent post litem contestatam in bonis actoris; principaliter tamen ac primo ad priuatum commodum non spectant, sed ad Reip. vtilitatem pertinent *l. 1. ff. de popul. act.* vbi dicitur: *Eam popularem actionem dicimus, quæ suum ius populo defendit.*

Leuius est, quod obiicit Bartolus, minorem viginti quinque annis non magis habere legitimam personam standi in iudicio sine curatore, atque pupillus sine tutore *L. 2. C. qui legit. person. stand.*

Duplex enim est responsio, primo operis noui nunciationem esse actum extraiudicialem *l. 1. §. 2. Digest de oper. nou. nunciat.* vbi dicitur operis noui nuntiationem fieri posse etiam prætore non adito.

Quapropter ab illis etiam publico nomine fieri potest, qui alias legitimam personam standi in iudicio non habent.

Deinde respondetur, etsi operis noui nuntiatio esset actus iudicialis, tamen à minore publico nomine fieri potest, quia quod dicitur minorem non habere legitimam personam standi in iudicio sine curatore, id verum est, si in propria causa, non vero si in aliena stare vellet in iudicio *arg. l. 1. §. pueritia. Digest. de postuland.* Deinde verum est de minore octodecim annis; non vero de illo qui decimum octauum annum compleuit & excessit *d. §. pueritia.* Nomine igitur publico opus nouum nunciare potest adultus.

Sed nunquid suo nomine nunciare valet? Et quidem si curatorem non habet, extra dubium esse videtur quod possit nunciare opus nouum, quia tunc rerum suarum administrationem habet, de illis licite contrahere potest *§. item inuiti, Instit. de curator. l. 3. C. de restitut. in integr.* nouum igitur opus suum in commodum nuntiare potest. Nec obstat quod non potest stare in iudicio sine curatore: Ad hoc enim iam responsum est nuntiatione noui operis esse actum extraiudicialem.

Quod si vero curatorem habet dicendum existimarem ipsum sine curatore non posse opus nouum nuntiare, Tum quia nuntiatio noui operis est pars administrationis bonorum, quæ non ad minorem, sed ad curatorem eius pertinet. *l. 1. Digest. de minoribus* Tum quia minor sine curatore sese obligare non potest *l. 3. C. de restit. in integr.* Ex nuntiatione autem noui operis obligatur aliquis nunciato ad interesse, nuntiatio si iniusta fuerit *arg. l. Rei quam Digest. de dolo malo.* Tum denique quia adultus curatorem habens similis est pupillo *l. si curatorem. Cod. de restit. in integr.* pupillo autem sine tutore licitum non est nouum opus nuncia-

nuntiare. Sed Authori nostro ab hac sententia discedere placet, ita vt statuat minorem indistinctè posse opus nouum nuntiare, siue curatorem habuerit, siue non habuerit. Mouetur in hanc sententiam per *l. 101. ff. de Verbor. obligat.* ex qua ipsi dicendum videtur minorem habentem curatorem, obligari sine curatoris consensu; ex quo porro infert quod etiam sine curatoris consensu possit opus nouum nuntiare.

Sed fallitur Author noster eo quod in falso se fundat principio: siquidem certo certius est quod minor, qui curatorem habet, sine consensu eius non obligetur, id quod etiam dilucidissime probat textus in *l. 3. C. de restit. in integr.* Cæterum quia hæc præsens quæstio videtur maxime ex illa dependere, vtrum minor viginti quinque annis obligetur absque curatoris consensu, idcirco à proposito nostro non erit alienum inquirere qui quidnam circa propositam quæstionem statui debeat? Et distinguendum videtur inter minorem, qui habet curatorem, & eum, qui non habet curatorem, vt hic quidem sine curatoris consensu obligetur; sic tamen vt læsus in contractu habeat beneficium restitutionis in integrum: Ille vero, qui curatorem habet, sine eius consensu non obligetur. Robert. *l. animaduers. c. 12.* & in *Not. ad mercat lib. 1. c. 12.* Donellus & Duaren. in *l. 101. d. verb. obligat.* Gœdd. *de contrahend. & committend. stipulat. c. 7. conclus. 14. num. 236.* Bocerus *de inuestit. feudi. c. 3. num. 17. cum sequent.*

1. Nam in *l. 3. C. de restitut. in integ. minor.* Diocletianus & Maximinianus ad quæstionem an minor obligetur, distinguendo respondent, vt si minor habuerit curatorem & sine consensu eius prædium vendiderit, tunc contractus non subsistat, sed ipso iure sit nullus: Sin vero curatorem non habuerit, tunc contractus ab eo initus valeat, verum rescindi possit per in integrum restitutionem, si in isto contractu minor læsus fuerit & circumuentus: *Si curatorem habens*, inquiunt Imperatores, *minor quinque & viginti annis post pupillarem ætatem res vendidisti, hunc contractum seruari non oportet, cum non absimilis ei habeatur minor curatorem habens, cui à prætore curatore dato, bonis interdictum est: Sin vero sine curatore constitutus contractum fecisti, implorare in integrum restitutionẽ, si nec dum tẽpora præfinita excesserint, causa cognita nõ prohiberis.*

Etsi vero Iacobus Cuiacius *lib. 9. obseruat. 33.* & *in lege 101. de verborum obligatione* Iohannes Boreholt. in *tract. de reb. credit. c. 3. & in tract. de iureiurand. c. 3. num. 29. & sequent.* Andr. Fachin. *lib. 3. c. 9.* & Giphanius ad *l. obligari de obligat. & act.* respondeant: Eam *l. 3.* de rerum alienatione, veluti de rerum venditione iam perfecta completaque loqui, non de obligatione: puberem non posse quidem alienare res suas absque curatoris authoritate: Cum curatori sit rerum administratio commissa, ipsi vero adempta: At vero puberem obligari posse sine curatoris authoritate, quoniam curator non personæ minoris, sed eius duntaxat rebus ac bonis datus intelligatur. *pr. Inst. de curator.*

Veruntamen responsio hæc vix ac ne vix quidem sustineri poterit. Quia expresse in *dict. l. 3.* de venditione loquuntur Imperatores, non de alienatione: vendicatio autem proprie loquendo non est alienatio *l. 20. C. de pact. l. 3. ff. de oblig. & act.* Nec enim rei venditæ dominium transfertur, nisi traditione eius subsecuta *§. per traditionem ff. de Rer. diuis.* quæ tamen traditio non est de venditionis substantia, nec ad essentiam eius pertinet, *tot. tit. Inst. de obligat quæ ex consensu pr. & §. 3. Inst. de empt. §. 2. Inst. de donat.*



Et quanquam venditionis nomine sæpe alienatio intelligatur, vtpote consequens quoddam venditionis, vnde &

Seneca: *Nam quid non demens, ait, videbitur, qui aliud se vendidisse sibi dicit? Quia venditio alienatio est & rei suæ iurisque sui in alium translatio.* Et contra alienationis nomine frequenter venditio significetur *l. 3. C. de iure emphyteutico.* Hoc tamen in loco venditionem pro alienatione non poni hinc colligitur. 1. Quia proprie loquendo, venditio non est alienatio *d. l. 20. C. de pact. & l. 3. ff. de oblig. & act.* à propria vero significatione in dubio non receditur *l. non aliter. de l gat. 3.* 2. Quia Imperatores de CONTRACTV venditionis loquuntur; Hunc contractum, inquiunt, seruari non oportet: Contractus vero non est alienatio. 3. Quia minorem curatorem habentem comparant cum prodigo: prodigum vero sine suo curatore non obligari constat ex *l. 6. ff. de V.O.* Nec impedit quod Giphanius respondet prodigo minorem *in d. l. 3. tantum* secundum quid comparari, quoad alienationem scilicet, de qua ibidem agitur; Nam hoc in mera ac nuda coniectura & diuinatione consistit, atque satis cum generalitate textus, tum rationibus antecedentibus refellitur. Quocirca ex hisce manifestum esse existimo adductam *l. 3.* non de alienatione sed de venditione loqui.

Resp. deinde alii ad *d. l. 3.* in ea proponi vnicum casum, de quo duæ subiiciantur quæstiones. Casum hunc esse, quo minor curatorem habens, fundum sine curatoris consensu vendiderit, & ex venditione ista læsus fuerit. De hoc quæri. 1. Vtrum contractus seruandus sit, nec ne? Ad quod Imperatores respondeant; contractum seruandum non esse. Alteram quæstionem esse, quando contractus seruari non debeat? Ad quam Imperatores respondeant: Illum per in integrum restitutionem impugnandum.

Hæc vero *d. l. 3.* explicatio hisce argumentis confirmari videtur. 1. Quod vnicus casus sit ab Imperatoribus propositus, hinc colligendum, quod verisimile non sit Impp. respondisse de duobus casibus; cum non de duobus casibus sed de vnico fuerint consulti. Consulens enim Attianus aut habuit curatorem, aut nullum habuit, Imperatores responderint solum de eo minore, qui curatorem habuerit, hac ratione probari videtur, quia de eo minore, qui curatorem non habuit, dubium esse non potuerit, quia obligetur eique læso succurratur per in integrum restitutionem, adeoque plane ineptum & superuacuum fuerit, Impp. consulere de eo, quod iuris fuerit indubitati: Aut si omnino de eo consulti fuissent, procul dubio vt alibi respondissent, hoc iuris esse certi vel indubitati vel explorati. 3. Quod deniq; *in d. l. 3.* contractus non fuerit ipso iure nullus, hinc relucere videtur, quod Impp. venditionem ab Attiano contractam appellitent contractum: Iam vero si venditio ipso iure nullius esset momenti, contractus non diceretur, cum non entis nullæ sint qualitates, nullæ considerationes: Insuper Imperatores venditionem istam *seruari non oportere* scribunt: quo ipso sane significare videntur contractum valere, sed efficaciæ illius non esse, vt ex eo agi possit: Inepte enim diceretur, contractum non esse seruandum, qui ipso iure esset nullius, cum non entis nullæ sint qualitates, nullæ prædicationes: Atque seruari & nō seruari de eo recte enuncientur, q ipso iure valet, nō quod ab initio nullum est. Postremo, si contractus esset ipso iure nullus, non opus esset hac quæstione, quomodo seruandus non esset?

Cæterū & hanc solutionem non meliorem esse priori existimo. Quod enim *in d. l. 3.* duo proponantur casus diuersi, in quorum priori minor habuerit curatorem, in posteriori vero curatore fuerit destitutus, probat particula *Vero* quæ habet naturam disiungendi ea, quæ inter sese diuersa sunt.

Nec

Nec audiendi sunt, qui aiunt, particulam *Vero* idem hic significare, quod *Autem*, hanc vero frequenter sumi pro *Enim, l. intr. quatuor. 10. §. fin. ff. de diuers. temp. praescript.* ac pro *Igitur l. 63. §. petoribus ff. de legat. 3.* in qua significatione, si accipiatur particula *Vero in d. l. 3.* rem fore expeditam, vt vel ratio illis posterioribus verbis reddatur, quare contractus seruandus non sit, nimirum, quia restitutio in integrum minori competat; vel ex prioribus inferatur. Igitur contractum hunc, ipso iure validum, restitutione in integrum rescindendũ esse. Hæc, inquam responsio attendenda non est, siquidẽ in dubio à propria & genuina significatione vocis *Vero* non est recedendum: Nec sequitur particula *Vero* idẽ significat quod *Autem*. Hæc vero particula *Autem* idẽ quandoq; denotat, quod *enim* vel *igitur*: proinde etiam particula *Vero* pro *enim* vel *igitur* aliquando sumitur. Quod porro in casu *d. l. 3.* priori contractus ipso iure sit nullus, hinc probari videtur, quod minor curatorem habens, conferatur cum prodigo: contractus vero cum prodigo initus, sit ipso iure nullus *l. 6. de verb. oblig.* Nec ad rem pertinet, quod aiunt, minorem cũ prodigo comparari in eo, quod contractus seruari non debeat, non autem in modo non seruandi: contrarium siquidem ex ipsis verbis legis satis liquet.

Postremo quod *in versic. sic Vero.* Impp. tractent de minore nõ habente curatorem, liquido probant verba sine curatore constitutus. His enim verbis aperte significatur, minorem de quo illic disserunt Impp. curatorem nõ habuisse: verbum enim constitutus pro eo, quod est existere, esse habere passim vsurpatum legimus; veluti *in l. 8. §. 1. ff. de tutor. & curat dat. l. 3. versic. vel adhuc C. si maior factus l. fin. in verb. sub tutela constitui. C. de legitim. tutel. l. 1. & l 7. C. qui dar. tut. vel curat. l. 7 C. de curator. furiosi. l. vnic. C. de act. à tutor. vel curator.* Ex hisce igitur patet, superiorẽ *d. l. 3. C. de restit. in integrũ minor.* interpretationẽ subsistere non posse. Nec defenditur argumentis pro ea supra adductis.

Ad *primum* respondeo, in legibus Codicis nihil fere esse frequentius quam quod ambiguitatis tollendæ causa, Imperatores de vnico casu consulti, per plurium causarum casuumque enumerationem ac distinctionẽ respondeant, veluti *in l. 1. fi. C. si quis ignor. rem. minor l. 1. l. 3. C. si aduers. libertat. l. 2. C. si aduers. donat. l. 4. l. si superstite. C. de dolo malo. l. 3. l. vt responsum l. cum proponas l. sub praetextu, C. de transact l. 1. C. de edend.*

Ad *secundum* respondeo Imperatores in legibus Codicis sæpe rescripsisse ac respondisse de re minus dubitabili, consultos à priuatis hominibus iuris plane imperitis. Ad *tertium* resp. *in d. l. 3.* venditionem sine curatoris consensu initam appellari contractum abusiue & improprie, quemadmodum venditio à prodigo inita contractus dicitur, quia scilicet intentione ac facto illorum, qui contrahebant, putabatur fieri venditio: Atq; sic falsus tutor & falsum testamẽtũ vocatur testamentum *l. Paulus 221. de verb. signif.*

Præterea *non seruari* quod opponitur *obseruari* proprie ad ea refertur, quæ ipso iure non subsistunt, sed irrita sunt & nulla statim ab initio. Id enim quod ab initio statim non valet, & pro infecto habetur, recte dicitur non seruari. Atque ita pactum à iure remotum dicitur non seruari *in l. 7. § si pasc. iscatur ff. de pact.* Et tamen huiusmodi pactũ, quod iuri communi aduersatur, nullius esse momenti & pro infecto haberi, sancit Iustinianus *in l. non dubiũ C. de legib. l. generaliter de verb. obligat.* Et *in l. 27. §. pacta 4. ff de pact.* Ea pacta, quæ turpem causam continent non sunt obseruanda: Hæc autem quin ipso iure sint nulla, patet ex *d. l. generaliter. de verb. obligat.* Deniq; obseruandũ est, quod de contractu à minore curatorem habente, inito, *in d. l. 3.* non quæratur, quomodo sit seruandus.

seruandus; sed simpliciter decidatur, contractũ seruandũ nõ esse, hoc est, eum iure ipso, & statim ab initio nullum esse.

2. Quod sine curatoris auctoritate non obligetur minor, hæc porro ratio probat, quod cui bonorum administratio adempta est, eidem quoque ademptum sit ius sese obligandi suo arbitrio ex conuentione. *L. is cui bonis 6. tot. tit. ff. de curat. furios.* quoniam bonorum appellatio continet obligationis & ius sese obligandi, *l. 49. de verb. signif.* Et ius administrandi tam ad obligationem, quam ad alienationẽ spectat. *l. sane. C. de admin. tut.* Atqui minori adempta est bonorum administratio dato ei curatore. *l. Sancimus 25. C. de admin. tut. l. in bonorum 48. ff. de administ. & peric. prin. Inst. de auctor. tut. lege 1. Digest. de minor.* Ergo eidem quoque ademptum est ius sese obligandi & contrahendi.

3. Qui non potest alienare inuito seu non consentiente curatore, is non potest se sine vllius consensu obligare, quia alienatio est effectu & consequens quoddam obligationis: A quo autem remouetur effectus, ab eodem causam quoque remoueri necessum est, vt cui denegatur necessarium consequens, eidem quoque antecedens denegari intelligitur. Atqui minor absque curatoris consensu non potest bona sua alienare, *tot. tit. ff. de reb. minor.* Ergo nec potest sine curatore suo contrahere & contrahendo sese obligare.

Contrariam opinionem quod nempe minor sine curatoris consensu contrahens obligetur, amplectuntur Herman. Vulteius *in discept. Scholast. c. 16.* Cuiacius *lib. 9. obseru. 33.* & ad *l. 101. de verb. obl.* Borcholt. *de reb. credit. c. 3. & de iureiur. c. 3. num. 29. & seq.* Andr. Fachin. *lib. 3. contr. 9.* G'phanius ad *l. obligari. de oblig. & act.* Anton. Faber. *6. error. pragmat. 9.* & qui hos plurimi è Neotericis sequuntur. Argumenta illorum hæc sunt.

1. In *l. 101. de verb. oblig.* expresse Modestinus ICtus *puberes*, ait, *sine curatoribus suis, ex stipulatu obligari possunt.*

2. Cura non est personæ, sed rei nec enim curator datur personæ sed rebus duntaxat seu bonis minoris, *l. 3. pr. ff. de tutel. l. 32. princ. ff. de episc. & cleric. l. 1. quando ex facto tut. l. 44. §. At si ff. de excus. tutor.* Obligatio autem non est rei sed personæ, quia persona & non res vinculo adstringitur ex obligatione, *pr Inst. de oblig. verb. obstringimur.* Igitur minor etiam sine curatore obligari potest, nec obligatio ad curatoris administrationem & munus pertinet.

3. In *l. sciendum. C. de nupt. diserte* rescribunt Imperatores: *Fœminam sine curatore posse matrimonii contractum inire.* Et in *l. in copulandis, 8. C. eod. tit. In copulandis*, inquit Gordianus, *nuptiis, nec curatoris, qui solam rei familiaris sustinet administrationem, auctoritatem debere interuenire.* Et in *l. 20. ff. de ritu nupt.* Paulus scribit: *Sciendum est ad officium curatoris non pertinere, nubat pupilla annon, quia officium eius in administratione negotiorum consistit.*

4. In *l. ait prætor. §. 1. ff. de minorib.* dicitur sine curatoris consensu minori recte solui, vt hac solutione iure liberetur debitor, tantumque supersit minori in integrum restitutio.

5. In *l. nam posteaquam §. si minor. ff. de iureiur.* statuit Vlpianus minorem posse sine curatore iusiurandum litis decisorium ferre, sic vt delatio ipsa non sit ipso iure nulla, sed valeat, & si læsum se minor probet, in integrum restitui queat. *Si minor*, ait, *viginti quinque annis, detulerit iusiurandum, & hoc ipso captum se dicat, aduersus exceptionem iurisiurandi replicari debebit, vt Pomponius ait, Ego vero puto hanc replicationem non semper esse dandam, sed plerumque ipsum prætorem debere cognoscere, an captus sit, & sic in integrum restituere.*

6. Si minor viginti quinque annis rogatus sit per fideicommissum restituere

mere curatori suo hereditatem, recte etiam sine ullius curatoris auctoritate restituere dicitur in *l. 1. §. fuit. ff. ad Senatusc. Trebell.*

7. In *l. cum in una §. fin ff. de appellat.* dicitur, si tutoris auctoritas fuerit pupillo necessaria, veluti ad adeundā hereditatē, tutor ei necessario dabitur: Quoniam curatoris autoritas ad hoc ei inutilis est: Si igitur sine curatore minor potest adire hereditatem; sequitur quod & sine curatore minor possit cōtrahere & exinde sese obligare, quia hereditatis aditio est quasi non contractus, ex quo hæres legatariis & fideicommissariis obligatur. *§. 5. Inst. de obligat. quæ quasi ex contract.*

8. Accedit his, quod pubes curatorem habens, non solum sit ciuis Romanus, sed firmi etiam iudicii ita vt probe intelligat quid agat & per naturam consentire queat. Cui videtur consequens, vt qui consensu fiunt contractus, minor contrahere possit.

9. Adde, quod tutor authoritatem; Curator consensum interponat: Authoritas consensum legitimet ad actum perficiendum: Consensus non item; Cum minoris persona per se satis sit integra; adeo vt minores inuiti non accipiant curatores, *§. item inuiti Inst. de curat.*

10. Maior est patris, quam curatoris authoritas: Cum longe maius in filium ius habeat pater, quam curator in impuberem: At minori contrahenti nec patris authoritas est necessaria, *l. fin. §. 1. ff. de verb. oblig.* Ergo multo minus necessaria erit authoritas tutoris.

11. Cui conceditur id, quod maius est, eidem denegari non oportet quod minus est: Atqui maius est testamentum facere posse, quod tamen minori puberi conceditur, quam de quibusdam duntaxat rebus suis contrahere posse: Igitur minori puberi permittendum erit de bonis suis, etiam sine curatore contrahere ac contrahendo sese obligare.

12. In *l. obligari 43. Digest. de obligat. & act.* in hæc verba scribit ICtus: *Obligari potest paterfamilias suæ potestatis compos mentis, pupillus sine tutoris authoritate non obligatur iure ciuili.* Quibus verbis confert Iurisconsultus pupillum cum pubere curatorem habente, sic vt ille non obligetur sine tutoris authoritate: Hic vero obligetur. Hæc igitur fundamenta ordine relata, euidenter probare videntur, minorem sine curatoris sui consensu obligari posse.

Verum enim vero mihi tanti momenti non videntur, vt à priori sententia quenquam dimouere debeant.

Quantum enim ad primum, quod ex *l. 101. de verb. obligat.* sumunt, varie ab interpretibus dissoluitur.

Nam primo Henricus Bocerus distinguit inter stipulationem & reliquos contractus, sic vt puberes sine curatoribus suis ex stipulatu quidem obligentur: Ex aliis vero contractibus non obligentur: Et hoc ideo, quia stipulatio est contractus omnium firmissimus, atq. *§. 1. I. de verb. oblig.* ad hoc potissimum inuentus & introductus, vt alios contractus firmet, Paulus *lib. 5. sent. 7.*

Quam tamen responsionem ego probare non possum, propterea quod ius contrahendi stipulationē, non minus ad rerum administrationē, quæ minori adempta & curatori commissa est, quam ius alios cō:tractus ineundi spectat: Nec minus ex stipulatione rerum sequatur alienatio, quā aliis è contractibus, adeoque eadem plane ratio in stipulatione, quæ in cæteris contractibus obtineat: Accedit huic, quod vel ideo, quia stipulatio firmius obstringit, quam cæteri contractus, puberes sine consensu curatoris ex stipulatu obligari minus possint, quam ex aliis contractibus, quo-

niam qui prohibetur ex contractu minus firmiter obstringente, obligari, is multo magis prohibetur ex contractu omnium firmissime obstringente obligari.

Secundo Iohannes Gö ld. respondet dictionem SVIS *in d. l. 3.* non ad vocem *curatoribus*, sed ad subaudiendam dictionem *creditoribus* referendam esse, sicut post vocem creditoribus distinctionis, seu commatis signum ponatur; Quasi Modestinus scripsisset: *Puberes sine Curatoribus, (hoc est, non habentes curatores) suis creditoribus obligari possunt.*

Reiicitur vero & hæc responsio. 1. Quia est plane diuinatoria. 2. Quia est dura, vt quæ duplicem desideret subauditionem, eamque satis duram, vnam in voce *curatoribus*: alteram in voce *Suis*, cum tamen verisimile non sit, Modestinum ICtum prudentissimum, tot subauditionibus legem suam obnoxiam relinquere voluisse.

Tertio Accursius respondet Modestinum *in d. l. 101.* loqui de puberis obligatione tantum naturali, non de ciuili & ad actionem efficaci.

Sed nec hæc subsistere potest responsio. 1. Quia verbum *obligari* in dubio de ciuili obligatione accipitur, non solum quia in dubio semper verbum in potentiori significatione sumitur, *arg. l. 10 ff. de statu hom.* sed etiam quia obligatio ciuilis propria est obligatio: naturalis vero minus propria; *arg. §. 1. Inst. de obligat.*

2. Quia quotiens ICti significare volunt obligationem naturalem, id exprimere solent, *l. serui. 14. ff. de oblig. & act. l. 13. de condict. indeb.*

3. Quia ex stipulatione, de qua *in d. l. 101. de verb. oblig.* Modestinus loquitur, ciuilis nascitur obligatio, vtpote ex contractu, origine & forma ciuili.

Quarto, Hugo Donellus respondet, hoc verbum *Suis* esse ambiguum & *in d. l. 3.* non de illis tutoribus, quos ex iure habent, sed de iis, quos ex iure habere debuerint minores, intelligendum esse abusiue scilicet & ἀναφορικῶς, relatione nimirum facta non ad id quod factum est, sed quod fieri debuit; vt sensus legis sit, puberes obligari posse sine curatoribus suis, id est iis, quos propter ætatem iure habere possunt & debent.

Quæ tamen & ipsa solutio propterea reiicitur, quod non modo sit diuinatoria, sed eandem refellat quoque particula *Suis*; quæ satis arguit ICtum loqui de puberibus, qui habent suos curatores, cum puberum curatores non recte dicantur illi, qui puberibus dati non sunt: Nec obligari sine curatoribus suis recte dicantur illi, qui curatores non habent; cum pronomen illud *Suis* sit possessiuæ significationis, & præsupponat aliquem, qui, vt ita dicam, possidet, hoc est, habet curatores.

Quapropter hisce responsionibus ordine reiectis respondendum existimo cum Iohanne Roberto, ICtum Modestinum *in d. l. 101.* non simpliciter & absolute dicere puberes sine curatoribus suis obligari, sed addidisse *Posse* obligari; vt hinc intelligatur, non quidem regulariter puberes obligari, sed certis duntaxat quibusdam casibus, quorum primus sit, si *rem suam meliorem fecerint.* quoniam cum hoc casu pupillus sine tutoris authoritate obligetur, multo magis pubes obligari debeat.

2. Si personam duntaxat suam, non etiam vna & consequenter res suas obligent; vt accidit quod sponsalia & nuptias contrahunt, *l. 20. ff. de rit. nupt. l. 8. C. de nupt.*

Ad secundum respondeo, ex contractu quidem personam puberis obligari & obstringi, sed ad rem aliquam dandam, vel aliquid faciendum; Vnde & supra demonstratum fuit, obligandi & contrahendi ius, ad bonorum administrationem, curatori commissam, & puberi

adem-

ademptam spectare. Vt taceam, quod ex contractu rerum inducatur alienatio, quæ quotiens prohibetur, ea quoq; prohibita intelliguntur, per quæ ad alienationem peruenire potest.

Ad *tertium* respond. contractum nuptiarum & sponsaliorum excipi propterea, quod in eo non de rebus extra personas positis agitur, sed de sola personarum coniunctione, *arg. pr. Inst. de patr. pot.* Obligationes vero cæterorum contractuum non ad vinculum, soli personæ iniiciendum, sed ad dandum vel faciendum, hoc est, ad diminuendum debitori & augendum creditori patrimonium spectant.

Ad *quartum* resp. In *l. ait prator. §. 2. ff. de minoribus* non proponi minorem sine curatoris sui consensu pecuniam soluisse: Nec etiam proponi minorem soluentem habuisse curatorem; sed potius quod curatorem non habuerit eo aperte demonstrari, quod IurisConsultus consilium debitori suppeditet, vt minori soluturus adeat prætorem; eumque roget, vt minori curatorem det, quo adhibito liberetur per solutionem. Tantum igitur abest, vt in hoc responso doceatur curatorem habenti sine illo recte solui, vt demonstretur potius curatores opus esse, idque imprimis vrgeat *l. sancimus. C. de admin. tut.* Nec obstat quicquam quod in *ea l.* dicitur, *minori succurri per in integrum restitutionem, si pecuniam illam perdiderit*: Quoniam tutoris vel curatoris authoritas interueniens auxilium in integrum restitutionis non aufert, *tot. tit. Cod. si tutor vel curator.* Et sane textus *d. §. 2.* non loquitur absolute, & tantum de minore, curatorem habente; sed distinguit deinceps ICtus generalitatem propositionis.

Adhæc non dicitur ibidem debitorem recte & cum effectu soluere minori: sed dicitur debitorem non compelli soluere, sed si velit, posse soluere, suo scilicet periculo, vti etiam de pupillo constitutum legimus, *in l. 15. Digest. de solut.*

Ad *quintum* resp. In *l. nam & posteaquam. 9. §. 4. de iureiur.* non proponi minorem, qui aliis ius iurandum litis decisorium detulit, habuisse curatorem: Quod etsi quidam ex eo probari existiment, quod minor sine curatore in iudicio stare non possit. *§. item inuiti. Inst. de curat. tot. tit. C. qui legit. person.* ac consequenter iuramentum litis decisorium iudiciale deferre nequeat: Nondum tamen probatum est à dissentientibus, quod *d. §. 2.* de iudiciali loquatur iuramento, nec ratio vlla prohibet, eum §. de extraiudiciali & voluntario iuramento accipi. Et posito eo, quod in §. 2. de iudiciali agatur iuramento, tamen vel hoc probabit curatorem à minore adhibitum eiusque consensu iuramentum delatum esse. *arg. d. §. item inuiti. & d. tit. Cod. qui legitim. person.*

Postremo obseruandum est *in d. l. nam & posteaquam. §. 4.* vt & *in praecedenti l. ait prator. § 2 ff. de minor.* non agi de obligando minore, sed de liberando debitore minoris: solutio autem longe fauorabilior est obligatione, & ad liberandum semper fauorabiliores sunt leges, quam ad obligationem. *l. Arrianus. ff. de obligat. & action.*

Ad *sextum* respond. nihil penitus *d. l. 1. § fuit. Digest. ad SenatusCons. Trebell.* ad rem facere, quia minor restituens hereditatem & in alium transferens non se obligat.

Et licet videatur minor hereditatem alii ex fideicommisso restituens, alienare eam: Tamen, quia nihil quicquam de suo alienat, nec in eo conditionem suam deteriorem reddit, secus atque tunc, quando res suas proprias alienat, aut ad

consiliũ habuerit eiusdẽ nauis ac domus reficiẽdæ, an tabulas & tigna & cœmenta in aliũ vsum conuertendi; vt illo casu eadem intelligatur esse nauis & domus: Hoc non item. Deinde pro eadẽ sententia pugnat pugnat text. *in l. 79. §. Area. ff. de leg. 3. l. 44. §. si area. ff. de leg. 1. l. 39. ff. de leg. 2.* vbi de area asseritur, ꝙ etsi species eius mutetur tamen debeatur, si postea area rursus sit facta. *& in l. 29. §. pen. ff. de pignor.* si domus diruta sit, oppignerata dicitur manere area, quia superficies ius soli sequi dicitur.

3. Deniq; eandem sententiam confirmat *l. 76. ff. de iudic. l. 65. §. vlt. ff. de legat. 1. l. 22. eod. l. 13. de pignor. l. 34. ff. eod.*

Verum hisce hactenus recensitis argumentis ac fundamentis nemo moueri debet, vt in posteriorem sententiam concedat & à priori recedat.

Ad primum enim argumentum respondet Hotom. *in d. l. 83. §. sacram.* à cæteris ICtis nõnihil dissentire, nec admittendam eius sententiam, qui falsum sit, quod ad rei diuersitatẽ aut identitatem, ad corporis deniq; qualitatem cõsilium & propositum hominis aliquid valeat.

Et sane non videtur id posse mentem & animum resoluentis, vt nauis eadem maneat aut non maneat, sed resolutionẽ ipsam siue mutationẽ nauis id facere potius vt nauis eadem post maneat, vel nõ maneat. Et idcirco etiam distinctio hæc de mente & animo, etsi paulo placuit *in d. l. 83. §. sacram.* ab aliis tamen omissa fuit.

Verum Alciatus *in d. §. sacram.* putat distinctionem Pauli non quidem iure stricto procedere, sed benignitate solum niti ac sustineri; ita vt si iuris stricti spectetur ratio tunc, qualicunq; animo fuerit reficiens, non intelligatur prior esse nauis: Sin vero æquitatem consideremus, tunc pro eadem naui habeatur, si quidem hoc animo fuerit nauim resoluẽs vt rursus ex tabulis nauim cõficeret.

Cæterum Hubert. Giphan. *in Lectur. Altorphinis ad d. § sacram.* ait prædictam Pauli distinctionem nõ esse nouam, nec exemplo carere, nec reiiciendam esse. Exemplum eius dicit extare *in l. 86. ff. de legat. 3.* vbi asseritur, si quis domum leget quæq; ibi erunt cũ morietur, hoc legato non contineri pecuniam in domo quidẽ repertam, sed quam defunctus eo animo ibi reposuerat exactam à debitoribus, vt denuo aliis nominibus collocaretur & rursus fœnore occuparetur. Aliud exẽplum putat exhiberi *in d. l. si chorus. §. 1. de leg. 3.* vbi omnia mobilia, quæ in domo erant, legata fuerunt, & dicitur nummos tales, id est, eo animo ibi repositos, vt mutuo dentur ac fœnori non contineri eo legato. Cum igitur hisce casibus animus ac propositum spectetur, ideo absurdum videri nõ debet quod nauis, quę dissoluitur eo animo, vt statim & ex iisdem tabulis reficiatur, merito eẽseri debet esse eadem nauis; præsertim eum in nostro casu carina nauis, quæ est fundamentum nauis relinquatur; Carina autem atq; sie fundamẽto nauis saluo manente, manet etiam nauis salua & integra. *l. 24. §. vlt. de legat. 1. l. Minicius. ff. de rei vindicat.*

Ad secundum argumentum de area adductum respondetur à Francisc. Hotom. aream, quoad præsens negotiũ, diuersissimam habere à cæteris rebus cõditionem & naturam, quia ius soli superficies sequatur, cum area pars domus sit & quidem maxima *l. qui res. 98. §. vlt. ff. de solut.* vbi Paulus scribit, aream non desiisse in rerum natura esse.

Ad tertiũ resp. Hotom. distinguẽdum esse vtrũ res singulę vno tempore mutatæ fuerint, an sensim, particulatim ac diuersis temporibus vt priori casu verissimum sit refectione siue restauratione non eandem cum priori re esse censeri: Posteriori vero species maneat pristina ac proinde res eadem, non diuersa.

Ratio-

Rationem huius elegantem adduxit Alfenus *in d.l.76.ff. de iudic.* quod nempe cuius rei species eadem consisteret, ea quoq; eadem existimari debeat. Et sane cum rei forma sit ex qua quæque res est, id quod est. *l. Iulianus.ff.ad exhib.* igitur etiam cõtinuatio formæ est rei ipsius continuatio: Et quemadmodum renouatio partis vnius totum non renouat, quoniam species & forma eadem manet, vt si statuæ brachium aliud, appositum sit *l.si statua.14.ff. de auro & argent. legat.* ita particularis renouatio rem vniuersam non renouat.

Litera E. Noui porro operis nunciationis hæc vis & hic effectus erat, vt nunciatus cogeretur desistere ab opere cœpto; ita vt ni hoc faceret cõpelleretur postea opus perfectũ demolire, siue iure, siue iniuria nunciatio sit facta *l.20.§.1.ff hoc tit.*

Sic tamen vt si nũciatus paratus esset satisdare & cauere de opere demoliẽdo quando aparuisset, quod ius ædificandi sibi non fuisset, ipsi tunc sus ædificare permittebatur. *l.5.§.si cui.ff.hoc tit.* Hoc vero ius satisdandi noua Iustiniani constitutione *in l.vnic. C.de noui oper. nunciat.* non est sublatum, sed aliqualiter duntaxat restrictum, sic vt adhuc quidem satisdare possit nunciatus, sed ita si spacium trium mensium prius fuerit præter lapsum. Duaren. *ad d l.5.§.17.ff.de oper.nou.nunc.*

Litera F. Quest. 9. *An qui ignorat nunciatum esse nouum opus cogatur illud suis?* Cæterum si absq; satisdatione nunciatus pergat opus facere ac perspicere cogitur postea suis sumptibus illud demolire ac tollere: Nec refert quicquam ipsi facta sit nunciatio an operariis, vel vxori aut seruis eius: & sciuerit ipse nouũ opus nunciatum esse, an ignorauerit.

Verum hoc casu, quo ignorauit dominus nunciationẽ operis noui esse factam, pleriq; existimant tollendũ quidẽ id quod post nunciationem ædificatum fuit, sed non impensis domini, sed ipsius nunciantis; id quod sequentibus fundamentis obtinere conantur.

1. Ignorantem, inquiunt, qui delinquendi animum & propositum non habuit, pœna, & quidem grauissima pœna affici, periniquum foret, simul etiam absurdum; cum leges pœnas duntaxat scientibus & non etiam ignorantibus arrogare soleant *l. final.ff. de decret. ab vtil. & ex malefici. §. 1.ff. de obligat. & actio. l. penultim. C. de tabul.* & pœna sit fraudis delictorumve exercitio *l. aliud est fraus. ff. de verbor. obligat.* Atqui demolitio ædificij quæ præsertim proprio sumptu fieri debet, pœnam continet. *l. penult. ff de operis nou. nunc.* Igitur ignorantibus non debet imponi.

2. Accedit deinceps exemplum hæredis eius, qui, remissione non impetrata, ædificauit, hic enim hæres patientiam quidẽ demolitionis operis præstare debet; sumptus vero destructionis erogare nõ tenetur *d.l. penult.* pari itaq; modo nõ tenetur ignorans suis impensis destruere ædificium, quod post nunciationem extructum est.

3. Adde quod causa, ob quã id, quod post nunciationem est extructũ & ædificatũ debeat sumptibus ædificantis tolli, in casu nostro penitus deficiat: nec enim vllus prætoris contemptus illi imputari potest, qui iuste ignorat sibi ex prætoris edicto quicquam imperari.

Verum cõtrariam opinionem, quam & Treutlerus noster amplectitur, veriorem esse iudico, ita tamen vt ab eo tempore quo verisimiliter innotuit domino nũciatio noui opis, ad demolitionẽ, suis sumptibus faciẽdam, obstringatur, tametsi fortassis reuera nũciationem factam esse ignoret. *c.2. de oper. nou. nunc.*

Et hac sententia ista nititur ratione, quod verba prætoris simpliciter loquãtur & in rem sint scripta: *Quod factum est restituas l. prætor. pr. & §. ait prætor. ff. de nou. oper. nunciat.*

2. Quia Vlpianus *in l.1. §. sed et si quis. ff. quod vi aut clam.* generaliter dicit, eum, qui

qui contra denunciationem ædificat, vi fecisse videri *l.1.§.sed & si quis.ff.quod vi aut clam.* Nec debeat vllius absentia aut ignorantia nunciatori obesse, qui officio suo probe sit functus *l.2.C.de annali exceptione*, noceret autem, si tollendi operis impendia erogare teneretur *l.3.§.item si locum.ff.de alienat.iudic.mut.*

Et hæc, vt dixi sententia communi DD. calculo recepta est & approbata: Nec sibi obstare existimãt primum argumentum: Respondent enim primo demolitionem operis, nunciati impensis faciendam, non esse respectu ædificantis pœnam, & ideo, licet nihil ipse deliquerit, tamen ab eo fieri oportere.

Verum Corasius hanc assertionẽ falsam esse ipse agnoscit; Tum quia delinquat, qui contra prætoris edictum ædificat. Tum quia damnosa ædificanti esse non potest demolitio, vt per quam operæ iam factæ & cœmenta ipsa perire parietesq; corrumpi cõtingat *l.Senatus.ff.de contrah.empt.*

Ipse proinde Corasius respondet, destructionẽ istam operis meram quidem pœnã non esse, cùm intersit nunciatoris *l.vnic. in fine.ff.si quis ius dicenti.* At respectu ædificantis, qui suo sumptu opus destruit, pœnam esse *l.1.§.si plures.ff.de eo per quem fact.erit.*

Respõdet deinceps: Etsi doli & fraudis expers sit nunciatus, non tamen ipsum culpa vacare, vt quem prudentiorem esse oportuerit in eligendis ministris *l.si seruus.§.si fornicarius.ff.ad l. Aquil.* Vnde si operarij, quib. nũciatio facta est, non renuntiauerunt nunciationẽ noui operis factã esse, sibi debet dominus imputare, qui tales proposuit. *§.final.Inst.de societ.* quorum alioquin factum præstare teneretur *l.1.§.fin ff. naut. caupon. & d.§.si fornicarius.* Et quanquam omni culpa careret dominus, subest tamen præcedẽs, nimirum ex edicto prætoris legitime facta nunciatio. Facit autem causa nõnunquã, vt ignorãs aut alius, qui caret culpa puniatur. *cap.fine culpa.de reg.iur.in sext.* vt videre est in filiis damnatorum læsæ maiestatis *l.5.§.filij.ff.ad l. Iul.maiest.*

Deniq; non culpã ait hoc edicto, sed factũ ipsum à lege considerari, dicit Corasius, prout verba prætoris in rem concepta demonstrent *d.l. prætor.§.1. & §.ait prætor.ff.de oper.nou.* Et ideo disputari non debeat, quomodo sit facta nũciatio noui operis, sed an sit facta. *l. cum seruus.ff.de verb.oblig.*

Ad exemplũ hæredis secũdo loco allegatũ respondet idem Coras. hæredem nunciati idcirco ad impensas demolitionis teneri, quia ipse nihil noui operis, neq; eius nominis alius fecerit, sed defunctus cui, & non hæredi, facta fuerit nunciatio. *l.3.§.item si locum.ff.de alien.iud. d.l.penult.ff.de oper.nou.*

Tertium argumentum, quod Corasio grauissime omnium obstare videbatur, ipse intactum reliquit.

Quocirca ego, fiducia illius, existimo veriorẽ esse illorũ sententiã, qui statuãt, quod si ignorãte domino facta sit nunciatio, ab opere tamẽ discessum nõ sit, pati quidem dominum cogi opus destrui, sed tamen impensas ipsum prꝗstare non cogi.

Id quod etiam egregie confirmat primum argumentũ pro ea opinione adductũ: nam plus quam certum est pœnam non irrogari nisi delinquenti: At quid, obsecro, delinquit, qui ignorãs opus nouum esse nunciatũ, ædificat: At, inquit, Corasius culpa tamen ipsi imputari potest, quod operarios huiusmodi operi sui præposuit, qui cautiores, qui diligentiores, quiq; fideliores nõ fuerint, ipsumq; de nunciatione facta certiorẽ non reddiderint. Sed cõsiderare debuisset Corasius quod operarij eo fine cõduci nõ soleant, sed vt saltẽ opus perficiãt ædificiũq; extruãt, in eo igitur fides & diligentia atq; industria ipsorũ requiritur, extra quã vero officium ipsorum sese extendit, non item.

Ad

Ad hæc quanquam aliqua fortassis culpa & negligentia imputari posset ædificanti non tamen ea tanti foret momenti, vt eiusmodi graui pæna afficiendus esset nuntiatus, præsertim eum culpa huius satis iustam excusationem habere videatur, quod nempe ipsi non semper de fide, integritate & industria operariorum constare possit nec hoc ad ipsum spectet inquirere, sed potius quam sint artis suæ, quam profitentur periti.

Et quicquid etiam dicat Corasius, pœna est destructio operis impensis ipsius ædificantis facienda: Pœna quippe vocatur in *d.l.pen. ff. de oper. nou.* nunc. Nec enim, vt somniat Corasius, nuntiari heres impensis suis destruere opus non cogitur, quia ipse nihil noui operis fecerit, neque etiam eius nomine alius; sed vera eius rei causa ab ipso ICto expressa est in *d.l.penultim.* Illic enim Marcellus. *Cui*, inquit *nouum opus nuntiatum est, ante remissam nuntiationem opere facto decessit, debet heres eius patientiam destruendi operis aduersario præstare: Nam & in restituendo huiusmodi opere eius, qui contra edictum fecit, pœna versatur porro autem in pœnam heres non succedit.* Ecce hic ICtus veram rationem assignat cur heres nuntiati impensas demolitionis non præstet, quia nempe in pœnam non succedat heres, pœna autem sit ista de qua agimus, demolitio.

Nec iuuat quicquam opinionem Corasii quod ait, non ex parte nuntiantis, sed ex parte nuntiati pœnam esse impensis nuntiati destructionem fieri; Hoc quippe sufficit ad hoc vt à pœna ignorans immunis esse debeat.

Ad vtramque Corasii argumentum respondeo, etsi verba prætoris generaliter sit concepta ex æquitate tamen, humanitate & benignitate illam temperamentum accipere. Itaque namque de edicto prætoris, quod de in ius vocando proposuerat, scribit Paulus *in l.u. ff. de in ius vocand. Quamuis non adiiciat prætor, causa cognita se pœnale iudicium daturum, tamen Labeo ait moderandam iurisdictionem, veluti si pœ.iteat libertum & actionem remittat vel si patronus vocatus non venerit, aut si non inuitus vocatus sit, licet edicti verba non patiantur.* Edicta proinde prætorum generalibus verbis concepta, ex æquitate non minus restringuntur atque leges. Etsi proinde prætor generalibus hisce verbis edixerit, *quod factum est restituas*; ex æquitate tamen sic accipiuntur, vt *quod factum est, sciente te restituas.*

Sed quid si minor sit 25. annis nuntiatus, anne poterit restitui in integrum si ignorans ædificauerit? Quæst. 10. *An minor contra nuntiationem ædificans restituatur in integrum?*

Negat Accursius quia etsi minor ex hac causa restitueretur non tamen ei vtile foret, quandoquidem eum in statum restituendum foret, in quo fuit tempore nuntiationis, hoc autem facto, officium diruetur, quod è commodo minoris non foret, maxime si forte ius ædificandi habuit.

2. In delictis, inquiunt, minori restitutio non datur *l. si ex causa. §. Nunc videndũ ff. de minoribus l. Auxilium. eod. tit.* Atqui delictum est spernere nuntiationem noui operis, eamque spernendo prætoris auctoritatem & maiestatem contemnere.

3. Contra noui operis nuntiationem non restituitur Ecclesia *c. 2. de Nou. oper. nunt.* Non igitur succurritur minori.

4. Omnes quæstiones de proprietate debent differri in iudicium petitorium *l. si quis ad se fundum. ff. ad L. Iul. de vi public.* Atqui minor petit restitutionem in integrum hoc colore quod habeat ius ædificandi. Ergo debet ista petitio referri ad petitorium iudicium nec tractari in hoc præsenti interdicto quo agitur de possessione & restitutione eiusdem.

CC Hisce

Hisce argumentis motus Duarenus subscribit huic opinioni; ita tamen vt tunc demum eam procedere velit, quando magna aliqua & grauis causa subest, quæ prætorem mouere possit indulgendum in integrum restitutionem. Restitutio quippe in integrum fere pendet ex arbitrio prætoris *l. 1. Digest. de minor.* in verb. *vti quæque res erit, animaduertam.*

RESOLVTIO THESIS Secundæ.

Lit. A. Causa in qua opus nouum nunciatur est vel priuata, vel publica: In publica causa omnes eius loci ciues nūciare possunt, propterea quod interfit Reipubl. suæ causæ defensionem quam plurimis patere *l. seruum §. publicæ ff. de proc. l. 4. ff. de oper. nou. nunciat.* Et quia ipsorum quoque ciuium singulorum interest, ne quid detrimēti res publica capiat. Quapropter si vel in loco sacro, vel religioso vel publico ædificetur, omnes ciues nouum huiusmodi opus nuntiare possunt *l. In prouincialibus. §. vlt. ff. hoc tit.*

Incolæ & peregrini non possunt nouum opus publica è causa nuntiare quia priuatum illorum interesse hic deficit.

Nec obstat quod in via publica ædificanti etiam incolæ opus publicum nunciare possunt *l. 1. Digest. de via pubiica.*

Nam hoc singulare est & ratio etiam satis patet quia nempe peregrinorum quoque interest viarum publicarum conditionem ædificando non reddi deteriorem; quandoquidem permittitur omnibus via publica ire, etiamsi ciues non sint *l. per. agrum C. de seruitut.*

Via publica nemo recte prohibetur. Plaut. in Curcull. Nemo ire quenquam publica prohibet via.

Sed tamen Franc. Duarenus in eam inclinat sententiam quod nec incolæ nec peregrini possint opus nouum nunciare, cum nullus omnino sit textus qui incolis vel peregrinis concedat facultatem nouum opus nunciandi: Nam quod ad *d. l. 1.* attinet, dicitur quidem illic quod omnibus liceat nouum opus in via publica ædificanti nuntiare, sed incolarum & peregrinorum illic nulla fit mentio; Et proinde commodissime ille locus sic accipi potest, vt omnibus liceat opus nouum nuntiare, quibus publicas causas defendere competit, cum verba generalia ex subiecta materia restrictionem recipiant.

De inquilino quoque & colono vtrumne nouum opus nunciare queant, dubium mouetur?

Et receptissima sententia est quod colonus suo nomine non possit opus nouum nunciare. Quær. 1. An nouum opus nunciare possint colonus & inquilinus?

Ratio hæc adducitur, quia non habet ius in re *l. Non solet. Digest. loc.* Non obstat *l. 1. de loco publ. fruend.* vbi conductor siue redemptor vectigalis potest nouum opus nuntiare.

Hunc enim excipi à regula superiori ait Duarenus; Hic enim conductor multa habet singularia: In hoc quippe creditore & hoc singulare est quod potest prædia & possessiones non soluentium vendere *l. creditor. Digest. de action. empt.*

Sed nunquid saltem nomini domini & locatoris nuntiare nouum opus poterit?

Negandum hoc videtur per textum in *l. 3. §. penultim. ff. hoc tit.* qui textus loquitur generaliter & indistincte.

Verum affirmatiua videtur recipienda tum exempto vsufructuarii, quem procuratorio nomine nuntiare constat *l. 1. §. vlt. ff. hoc tit.* Tum quia colono siue inquilino intelligitur cura diligentis custodia esse demandata, sicut fructua-

rio

tio l. *videamus. Digest. locati. l. item quæritur.* §. *Exercitu. Digest. eod. tit.* Vtilitatis proinde causa receptum est vt domino absente nũtiare & experiri colonus possit.

Quæ. 12. *An pupillus publico nomine possit nuntiare opus nouum?*

De pupillo etiam quæsitum est possitne publico nomine opus nouum nunciare, & placet non posse etsi tutoris authoritas interueniat.

Ita quippe Vlpianus in *l. 5. pr. Digest. de oper. nou nunt. De pupillo*, inquit, *quæsitum est* & Iulianus *lib. 12. Digest. scripsit pupillo non esse operis noui nuntiationis executionem dandam nisi ad ipsius priuatum commodum res pertineat.*

Ratio autem eius hæc est quod eius ætas ad Reipubl. vtilitatem idonea non sit *l. 2. ff. de Reg. Iur. l. 2. Digest. de muneribus & honoribus.*

Nec quicquam hic facit tutoris authoritas, vt ad cuius officium non pertinent quæ sunt publica. *lege final. de curator. furios.* vnde dici solet suffragium non admitti in publicis causis & negotiis *l. Spurij §. minores. ff. de decur.* Duaren. *c. 5. de oper. non. nuntiat.*

Sed numquid suo nomine & ad priuatum suum commodum nuntiare poterit pupillus? Affirmat Vlpianus dummodo tutoris interueniat authoritas *d. l. 5. pr.* Nisi ait Vlpianus, *ad ipsius priuatum commodum res pertineat. Veluti si luminibus eius officiatur aut prospectui obsit: Non aliter autem pupilli rata habebitur nuntiatio quam intercedente tutore auctore.*

Sed huic assertioni obiicit Bartolus quod tutoris authoritas ad ea negotia non sit necessaria quæ ad commodum pertinent pupilli *l. obligari ff. de authorit. tutor.* tale vero negotium esse operis noui nuntiationem declaret ipse ICtus Vlpianus in *d. l. 5. pr.* Igitur à pupillo etiam sine authoritate tutoris fieri possit.

Deinde opponit quod actus extraiudicialis, qualis est noui operis nuntiatio, possit per seruum & pupillum expediri *l. seruus. ff. de bonor. poss.*

Sed vtraque obiectio leuissimi ponderis est: Nam in iis demum actibus non est necessaria tutoris authoritas qui sic ad cõmodum pupilli spectant, vt non possint illi esse detrimentosi *pr. & §. 1. I. de auctorit. tutor.* Vnde hereditatem, quamuis lucrosa pupillo esse possit, non adit sine tutoris auctoritate, nec bonorum possessionem suscipit, quia fieri potest vt exinde suam conditionem deteriorem reddat. Iam vero operis noui nuntiatio sic ad vtilitatem pupilli spectat vt etiam damnosa eidem existere queat. Quid enim si causa nuntiationis minus fuerit iusta; potest conueniri pupillus ad interesse actione in factum atq; sic grãde aliquod damnũ incurrere.

Ad secundam dubitandi rationem responderi potest à pupillo extra iudicialẽ actum sine tutoris authoritate fieri posse, si ipsi pupillo damno cedere nequeat. *d. l. obligari. ff. de auctorit. tutor. d. pr. & §. 1. I. eod.* Huic quæstioni vicina est de adulto quæstio, anne si curatorem habeat possit nouum opus nunciare? Quæ. 13. *An adultus curatorem habens possit nouum opus nunciare?*

Et quidem publico nomine nuntiare eum posse videtur omnino dicendum quia ad Rempublicam administrandam minor 15. annis admittitur *l. 1. §. 2. ff. de offi. Consul. l. 57. ff. de re iudicat.*

2. Deinde adultus eius iam est discretionis vt possit in publicum procedere *§. fin. I. quibus ex caus. manumit. non licet. l. 1. §. pueritia. ff. de postuland.*

3. Regula est à Paulo ICto tradita in *l. 4. ff. de popular. action.* popularem actionem ei permitti, cui per edictum postulare licet: Atqui adulto, dummodo excesserit annum decimum octauum postulare posse, expeditum est *d. l. 1. §. pueritia. ff. de postulando.* actiones igitur populares exercere possunt; Et consequenter non prohibentur opus nouum publico nomine nuntiare.

4. Insuper regula est quod si in publico aliquid fiat, quod nociturum sit vsui publico, omnes ciues opus nouum nunciare posse *l. In prouinciali 3. §. fin. ff. de oper. nou.* ab hac regula excipitur pupillus *d. l. 3. pr.* Adultus vero nuspiam excipitur; Ergo sub regula ista comprehenditur. Et sane si eadem est, quoad præsens negotium pupilli & minoris conditio, cur Vlpianus non in genere dicit, de minore quæsitum esse &c. quare cum pupillum excipiat expressim & nominatim, idcirco exceptio regulam confirmabit in persona adulti, nominatim non excepti.

Equidem Bartolus in contrariam concedit sententiam, statuens nec adultum posse publico nomine opus nouum nuntiare & *ad d. l. 4. ff. de popul. act.* respondet actionem popularem ideo ab adulto exerceri posse quia post litem contestatam sit in bonis eius, id quod de operis noui nuntiatione affirmari nequeat. Cæterum leuiuscula est hæc exceptio, cum constet ab initio populares actiones non esse in bonis illius qui eas exercendas suscipit. Et quanquam essent post litem contestatam in bonis actoris; principaliter tamen ac primo ad priuatum commodum non spectant, sed ad Reip. vtilitatem pertinent *l. 1. ff. de popul. act.* vbi dicitur: *Eam popularem actionem dicimus, quæ suum ius populo defendit.*

Leuius est, quod obiicit Bartolus, minorem viginti quinque annis non magis habere legitimam personam standi in iudicio sine curatore, atque pupillus sine tutore *l. 2. C. qui legit. person. stand.*

Duplex enim est responsio, primo operis noui nunciationem esse actum extraiudicialem *l. 1. §. 2. Digest de oper. nou. nuntiat.* vbi dicitur operis noui nuntiationem fieri posse etiam prætore non adito.

Quapropter ab illis etiam publico nomine fieri potest, qui alias legitimam personam standi in iudicio non habent.

Deinde respondetur, etsi operis noui nunciatio esset actus iudicialis, tamen à minore publico nomine fieri potest, quia quod dicitur minorem non habere legitimam personam standi in iudicio sine curatore, id verum est, si in propria causa, non vero si in aliena stare vellet in iudicio *arg. l. 1. §. pueritia. Digest. de postuland.* Deinde verum est de minore octodecim annis; non vero de illo qui decimum octauum annum compleuit & excessit *d. §. pueritia.* Nomine igitur publico opus nouum nunciare potest adultus.

Sed nunquid suo nomine nunciare valet? Et quidem si curatorem non habet, extra dubium esse videtur quod possit nunciare opus nouum, quia tunc rerum suarum administrationem habet, de illis licite contrahere potest *§. item inuiti, Instit. de curator. l. 3. C. de restitut. in integr.* nouum igitur opus suum in commodum nuntiare potest. Nec obstat quod non potest stare in iudicio sine curatore: Ad hoc enim iam responsum est nuntiatione noui operis esse actum extraiudicialem.

Quod si vero curatorem habet dicendum existimarem ipsum sine curatore non posse opus nouum nunciare. Tum quia nuntiatio noui operis est pars administrationis bonorum, quæ non ad minorem, sed ad curatorem eius pertinet. *l. 1. Digest. de minoribus* Tum quia minor sine curatore sese obligare non potest *l. 3. C. de restit. in integr.* Ex nuntiatione autem noui operis obligatur aliquis nuntiato ad interesse, nuntiatio si iniusta fuerit *arg. l. Rei quam Digest. de dolo malo.* Tum denique quia adultus curatorem habens similis est pupillo *l. si curatorem. Cod. de restit. in int. gr.* pupillo autem sine tutore licitum non est nouum opus nuncia-

nuntiare. Sed Authori nostro ab hac sententia discedere placet, ita vt statuat minorem indistinctè posse opus nouum nuntiare, siue curatorem habuerit, siue non habuerit. Monetur in hanc sententiam per *l. 101. ff. de Verbor. obligat.* ex qua ipsi dicendum videtur minorem habentem curatorem, obligari sine curatoris consensu; ex quo porro infert quod etiam sine curatoris consensu possit opus nouum nuntiare.

Sed fallitur Author noster eo quod in falso se fundat principio: siquidem certo certius est quod minor, qui curatorem habet, sine consensu eius non obligetur, id quod etiam dilucidissime probat textus in *l. 3. C. de restit. in integr.* Cæterum quia hæc præsens quæstio videtur maxime ex illa dependere, vtrum minor viginti quinque annis obligetur absque curatoris consensu, idcirco à proposito nostro non erit alienum inquirere qui quidnam circa propositam quæstionem statui debeat? Et distinguendum videtur inter minorem, qui habet curatorem, & eum, qui non habet curatorem, vt hic quidem sine curatoris consensu obligetur; sic tamen vt læsus in contractu habeat beneficium restitutionis in integrum: Ille vero, qui curatorem habet, sine eius consensu non obligetur. Robert. *l. animaduers. 12.* & in *Not. ad mercat lib. 2. c. 12.* Donellus & Duaren. in *l. 101. d. verb. obligat.* Goedd. *de contrahend. & committend. stipulat. c. 7. conclus. 14. num. 236.* Bocerus *de inuestit. feudi. c. 3 num. 17. cum sequent.*

1. Nam in *l. 3. C. de restitut. in integ. minor.* Diocletianus & Maximinianus ad quæstionem an minor obligetur, distinguendo respondent, vt si minor habuerit curatorem & sine consensu eius prædium vendiderit, tunc contractus non subsistat, sed ipso iure sit nullus: Sin vero curatorem non habuerit, tunc contractus ab eo initus valeat, verum rescindi possit per in integrum restitutionem, si in isto contractu minor læsus fuerit & circumuentus: *Si curatorem habent*, inquiunt Imperatores, *minor quinq. & viginti annis post pupillarem ætatem res vendidisti, hunc contractum seruari non oportet, cum non absimilis ei habeatur minor curatorem habens, cui à prætore curatore dato, bonis interdictum est: Sin vero sine curatore constitutus contractum fecisti, implorare in integrum restitutionē, si nec dum tēpora præfinita excesserint, causa cognita nō prohiberis.*

Etsi vero Iacobus Cuiacius *lib. 9. obseruat. 33.* & *in lege 101. de verborum obligatione* Iohannes Borcholt. in *tract. de reb. credit. c. 3. & in tract. de iureiurand. c. 3. num. 29. & sequent.* Andr. Fachin. *lib. 3. c. 9.* & Giphanius ad *l. obligari de obligat. & act.* respondeant: Eam *l. 3.* de rerum alienatione, veluti de rerum venditione iam perfecta completaque loqui, non de obligatione: puberem non posse quidem alienare res suas absque curatoris authoritate: Cum curatori sit rerum administratio commissa, ipsi vero adempta: At vero puberem obligari posse sine curatoris authoritate, quoniam curator non personæ minoris, sed eius duntaxat rebus ac bonis datus intelligatur. *pr. Inst. de curator.*

Veruntamen responsio hæc vix ac ne vix quidem sustineri poterit. Quia expresse in *d. l. 3.* de venditione loquuntur Imperatores, non de alienatione: vendicatio autem proprie loquendo non est alienatio *l. 2. C. de pact. l. 3 ff. de obl. g. & act.* Nec enim rei venditæ dominium transfertur, nisi traditione eius subsecuta *§. per traditionem ff. de Re. diuis.* quæ tamen traditio non est de venditionis substantia, nec ad essentiam eius pertinet, *tot. tit. Inst. de obligat. qua ex consensu pr. & §. 3. Inst. de empt. §. 2. Inst. de donat.*

Et quanquam venditionis nomine sæpe alienatio intelligatur, vtpote consequens quoddam venditionis, vnde &



Seneca: *Num quid non demens*, ait, *videbitur, qui aliud se vendidisse sibi dicit? Quia venditio alienatio est & rei suæ iurisque sui in alium translatio.* Et contra alienationis nomine frequenter venditio significetur *l. 3. C. de iure emphyteutico.* Hoc tamen in loco venditionem pro alienatione non poni hinc colligitur. 1. Quia proprie loquendo, venditio non est alienatio *d. l. 20. C. de pact. & l. 3. ff. de oblig. & act.* à propria vero significatione in dubio non receditur *l. non aliter. de l gat. 3.* 2. Quia Imperatores de CONTRACTV venditionis loquuntur; Hunc contractum, inquiunt, seruari non oportet: Contractus vero non est alienatio. 3. Quia minorem curatorem habentem comparant cum prodigo: prodigum vero sine suo curatore non obligari constat ex *l. 6. ff. de V.O.* Nec impedit quod Giphanius respondet prodigo minorem *in d. l. 3. tantum* secundum quid comparari, quoad alienationem scilicet, de qua ibidem agitur; Nam hoc in mera ac nuda coniectura & diuinatione consistit, atque satis cum generalitate textus, tum rationibus antecedentibus refellitur. Quocirca ex hisce manifestum esse existimo adductam *l. 3.* non de alienatione sed de venditione loqui.

Resp. deinde alii ad *d. l. 3.* in ea proponi vnicum casum, de quo duæ subiiciantur quæstiones. Casum hunc esse, quo minor curatorem habens, fundum sine curatoris consensu vendiderit, & ex venditione ista læsus fuerit. De hoc quæri. 1. Vtrum contractus seruandus sit, nec ne? Ad quod Imperatores respondeant; contractum seruandum non esse. Alteram quæstionem esse, quando contractus seruari non debeat? Ad quam Imperatores respondeant: Illum per in integrum restitutionem impugnandum.

Hæc vero *d. l. 3.* explicatio hisce argumentis confirmari videtur. 1. Quod vnicus casus sit ab Imperatoribus propositus, hinc colligendum, quod verisimile non sit Impp. respondisse de duobus casibus; cum non de duobus casibus sed de vnico fuerint consulti. Consulens enim Attianus aut habuit curatorem, aut nullum habuit, Imperatores responderint solum de eo minore, qui curatorem habuerit, hac ratione probari videtur, quia de eo minore, qui curatorem non habuit, dubium esse non potuerit, quin obligetur eique læso succurratur per in integrum restitutionem, adeoque plane ineptum & superuacuum fuerit, Impp. consulere de eo, quod iuris fuerit indubitati: Aut si omnino de eo consulti fuissent, procul dubio vt alibi respondissent, hoc iuris esse certi vel indubitati vel explorati. 3. Quod deniq; *in d. l. 3.* contractus non fuerit ipso iure nullus, hinc relucere videtur, quod Impp. venditionem ab Attiano contractam appellitent contractum: Iam vero si venditio ipso iure nullius esset momenti, contractus non diceretur, cum non entis nullæ sint qualitates, nullæ considerationes: Insuper Imperatores venditionem istam *seruari non oportere* scribunt: quo ipso sane significare videntur contractum valere, sed efficaciæ illius non esse, vt ex eo agi possit: Inepte enim diceretur, contractum non esse seruandum, qui ipso iure esset nullius, cum non entis nullæ sint qualitates, nullæ prædicationes: Atque seruari & nō seruari de eo recte enuncientur, quod ipso iure valet, nō quod ab initio nullum est. Postremo, si contractus esset ipso iure nullus, non opus esset hac quæstione, quomodo seruandus non esset?

Cæterū & hanc solutionem non meliorem esse priori existimo. Quod enim *in d. l. 3.* duo proponantur casus diuersi, in quorum priori minor habuerit curatorem, in posteriori vero curatore fuerit destitutus, probat particula *Vero* quæ habet naturam disiungendi ea, quæ inter sese diuersa sunt.

Nec

Nec audiendi sunt, qui aiunt, particulam *Vero* idem hic significare, quod *Autem*, hanc vero frequenter sumi pro *Enim, l. intr. quatuor. 10. §. fin. ff. de diuers. temp. praescript.* ac pro *Igitur l. 63. §. pectoribus ff. de legat. 3.* in qua significatione, si accipiatur particula *Vero in d. l. 3.* rem fore expeditam, vt vel ratio illis posteroribus verbis reddatur, quare contractus seruandus non sit, nimirum, quia restitutio in integrum minori competat; vel ex prioribus inferatur. Igitur contractum hunc, ipso iure validum, restitutione in integrum rescindendũ esse. Hæc, inquam responsio attendenda non est, siquidẽ in dubio à propria & genuina significatione vocis *Vero* non est recedendum: Nec sequitur particula *Vero* idẽ significat quod *Autem*. Hæc vero particula *Autem* idẽ quandoq; denotat, quod *enim* vel *igitur*: proinde etiam particula *Vero* pro *enim* vel *igitur* aliquando sumitur. Quod porro in casu *d. l. 3.* priori contractus ipso iure sit nullus, hinc probari videtur, quod minor curatorem habens, conferatur cum prodigo: contractus vero cum prodigo initus, sit ipso iure nullus *l. 6. de verb. oblig.* Nec ad rem pertinet, quod aiunt, minorem cũ prodigo comparari in eo, quod contractus seruari non debeat, non autem in modo non seruandi: contrarium siquidem ex ipsis verbis legis satis liquet.

Postremo quod *in versic. sic Vero.* Impp. tractent de minore nõ habente curatorem, liquido probant verba sine curatore constitutus. His enim verbis aperte significatur, minorem de quo ibi dic differunt Impp. curatorem nõ habuisse: verbum enim constitutus pro eo, quod est existere, esse habere passim vsurpatum legimus; veluti *in l. 8. §. 1. ff. de tutor. & curat dat. l. 3. versic. vel adhuc C. si maior factus l. fin. in verb. sub tutela constitui. C. de legitim. tutel. l. 1. & l 7. C. qui dar. tut. vel curat. l. 7 C. de curator. furiosi. l. vnic. C. de act. à tutor. vel curator.* Ex hisce igitur patet, superiorẽ *d. l. 3. C. de restit. in integrũ minor.* interpretationẽ subsistere non posse. Nec defenditur argumentis pro ea supra adductis.

Ad *primum* respondeo, in legibus Codicis nihil fere esse frequentius quam quod ambiguitatis tollendæ causa, Imperatores de vnico casu consulti, per plurium causarum casuumque enumerationem ac distinctionẽ respondeant, veluti *in l. 1. ff. C. si quis ignor. rem. minor l. 1. l. 3. C. si aduers. libertat. l. 2. C. si aduers. donat. l. 4. l. si superstite. C. de dolo malo. l. 3. l. vt responsum l. cum proponas l. sub praetextu, C. de transact l. 1. C. de edend.*

Ad *secundum* respondeo Imperatores in legibus Codicis sæpe rescripsisse ac respondisse de re minus dubitabili, consultos à priuatis hominibus iuris plàne imperitis. Ad *tertium* resp. *in d. l. 3.* venditionem sine curatoris consensu initam appellari contractum abusiue & improprie, quemadmodum venditio à prodigo inita contractus dicitur, quia scilicet intentione ac facto illorum, qui contrahebant, putabatur fieri venditio: Atq; sic falsus tutor & falsum testamẽtũ vocatur testamentum *l. Paulus 221. de verb. signif.*

Præterea *non seruari* quod opponitur *obseruari* proprie ad ea refertur, quæ ipso iure non subsistunt, sed irrita sunt & nulla statim ab initio. Id enim quod ab initio statim non valet, & pro infecto habetur, recte dicitur non seruari. Atque ita pactum à iure remotum dicitur non seruari *in l. 7. § si pasciscatur ff. de pact.* Et tamen huiusmodi pactũ, quod iuri communi aduersatur, nullius esse momenti & pro infecto haberi, sancit Iustinianus *in l. non dubiũ C. de legib. l. generaliter de verb. obligat.* Et *in l. 27. §. pacta 4. ff de pact.* Ea pacta, quæ turpem causam continent non sunt obseruanda: Hæc autem quin ipso iure sint nulla, patet ex *d. l. generaliter. de verb. obligat.* Deniq; obseruandũ est. q de contractu à minore curatorem habente, inito, *in d. l. 3.* non quæratur, quomodo sit seruandus.

præsenti, & pene dixerim in ipso opere, hoc est, in re ipsa nuntiatio facienda est; quod idcirco receptum est vt confestim per nuntiationem ab opere discedatur. Cæterum si alibi fiat nuntiatio, illud incommodi sequitur, quod cum ve niatur ad opus; si quid fuerit operis per ignorantiam factum: eueniet, vt contra edictum prætoris sit factum. ait Iurisconsultus in *dict. l. de pupillo. 5. §. 4.*

Et ratio huius perspicua est, ideo enim in re præsenti fieri debet nuntiatio, quo ab opere confestim discedatur.

Nec quicquam repugnat *l. 5. §. si quis cum nuntiasset. 7. ff. quod vi aut clam.* quo in loco idem Vlpianus significat vbiuis locorum fieri posse nuntiationem: Hoc siquidem verum est, quoad parandum interdictum quod vi aut clam, vbi nihil amplius quæritur, quam verum factum sit vi opus factum Corasius *de oper. nou. nunc. num.* 11.

Quest. 5. An nuntians teneatur causam sua nuntiationis exprimere?

Cæterum controuersum hoc est an nuntians cogatur causam suæ nuntiationis exprimere?

Communiter fere recepta est affirmatiua sententia quod si hoc exigatur ab eo cui opus nouum nuntiatur, omnino exprimi debeat. Id quod Bartolus extendit & ampliat, sic vt non solum ipsi ædificanti domino, si petat, sit exprimenda causa, sed etiam operarijs *l. de pupillo. 5. nuntiare. ff. hoc tit.* Nec sufficiat generalem causam exprimi, sed specialem etiam indicari oporteat.

Ratio autem cur causa sit nuntiationis exprimenda hanc assignat Bartolus quod super nuntiatione noui operis proceditur sicut super libello *l. de pupillo. § meminisse. ff. de oper. nou. nuntiat.* Atqui in libello causa est exprimenda: Igitur & in operis noui nuntiatione causa erit exprimenda.

Sed hanc opinionem merito refellit Zasius: Tum quod nullo iure nitatur, nec vllus occurrat iuris textus in quo expressio causæ desideretur: Tum quia, vt ex prædictis liquet, nihil interest iure sit facta nuntiatio, an vero iniuria *l. 1. princ. ff. hoc tit.* Cum igitur iniuriosa quoque nuntiatio, & quidem notorie iniuriosa teneat, frustra & sine effectu causæ expressio desideraretur.

Nec est quod quenquam torqueat ratio Bartoli, bene siquidem ad eam Zasius respondet eam procedere nō quoad actum nuntiationis, sed quod prosecutionem, sine executionem eius: Cum ad ipsam nuntiationem libellus non sit necessarius, ad executionem vero & prosecutionem sit necessarius libellus, & ideo etiam requiratur causæ cognitio.

Sic etiam non obstat quod is, qui nuntiat opus nouum, debeat de calumnia iurare *d. l. 5. §. 16.*

Nam qui exinde quæso colligere posse nuntiationi ipsi causam inserendam esse: Vt taceam quod iuramentum istud calumniæ non ad nuntiationem sed ad nuntiationis executionem desiderari, præstatur siquidem, prætore iam adito, cum prius operis noui nuntiatio fuerit facta, vt quæ prætoris aditionem non desideret, prout ante fuit ostensum; vt proinde si iuramentum istud calumniæ causæ expressionem argueret, ea tamen non ad nuntiationem, sed ad eius prosecutionem necessaria foret.

Litera D.

Quest. 6. An operis noui nuntiatione ad futura saltem opera spectet?

Additur in definitione vt ab opere nobis nocituro, desistat. Dicitur Nocituro: Nuntiatio siquidem operis noui ad futura non ad præterita & facta, siue perfecta opera pertinet: quod in *dict. l. 1. §. hoc autem. ff. de nou. oper. nunc.* Iurisconsultus hisce verbis expressit: *Hoc autem edictum remediumq; noui operis nuntiationis aduersus futura opera inductum est, non aduersus præterita, hoc est, aduersus ea, quæ nondum facta sunt, ne fiant. Nam si quid operis fuerit factum, quod fieri non debuit, cessat edictum de noui operis nuntiatione.*

Et ratio huius est quod in prohibitione

tione quæ per operis noui nunciationem fit tota vis edicti posita est *dict. §. 1. & l. prætor. §. 1. & §. ait prætor. ff. de oper. nou.* præterita autem prohiberi non possunt *l. in bello. §. facta. ff. de captiu.* Cum ad ea nulla sit potentia.

Sed tamen huic, quod dictum est, cessare nuntiationem si quid operis factum sit, obstat textus in *l. stipulatio. 21. §. opus. 3. ff. de operis nou. nuntiat.* vbi dicitur: *Opus autem factum accipimus, non si vnum vel alterum cæmentum fuit impositum, sed si proponatur instar quoddam operis & quasi facies quadam facti operis. vnde colligitur operis noui nuntiationem præsupponere semper aliquid operis; adeoq; falsum esse quod cesset edictum si quid operis fuerit factum.*

Sed facilis est responsio: Nam quando dicitur operis noui nuntiationem pertinere ad futura opera, ad facta autem non pertinere; Item cessare edictum de operis noui nuntiatione, tunc per opus factum intelligi non cœptum, sed perfectum opus itemque opus consummatum. *l. quintus. §. si factum. ff. de aur. legat.* ita vt iam possit vsui esse, tali scilicet, qualem paterfamil. destinauit *l. ædificia in fine. ff. de verbor. signif.* Neque enim intelligitur opus fecisse, qui ei propriam formam, quæ ex consummatione contingit, non dederit *l. si is qui. §. quadam. ff. ad l. falcid.* Quare cum dicitur cessare edictum si quid operis sit factum *dict. l. 1 §. hoc edictum.* intelligitur opus perfectum & absolutum in quando autem dicitur operis noui nuntiationem competere si quid operis sit factum, intelligitur opus nondum perfectum, sed cœptum duntaxat. Coras. ad *d. § hoc edict.*

Aliter Paulo respondet Bartolus; videlicet ad demolitionem noui operis, quæ spretam sequitur nuntiationem, pertinere *d. l. 21. §. opus.* non vero ad ipsam nuntiationem; sed hæc explicatio accommodari non potest *d § opus.* Cum in in præcedentibus sermo sit iurisconsulto duntaxat de noui operis nuntiatione. Et priorem responsionem admodum confirmat textus in *l. 8. §. qui opus, 1. ff. hoc tit.* vbi Paulus ait: *Qui opus nouum nuntiat, si quid operis iam factum erit, in testationem referre debet, vt appareat quid postea factum erit.*

Quin etsi nihil penitus factum sit & nec opus quidem cœptum, nuntiatio valet; textus apertus est in *l. 20. §. 2. ff. de oper. nou nunc. Siue autem vacuus locus sit, vbi nuntiatum est, siue ædificatus, æque hoc interdicto locus erit.*

Opponit huic sententiæ textus in *l. stipulatio. §. siue autem. 2 ff. de oper. noui.* vbi videtur requiri ad noui operis nuntiationē vt non tantum vnum vel alterum cæmentum fuerit positum, sed requiritur vt sit instar alicuius operis & quasi facies quædam facti operis. Vnde colligendum videtur quod nuntiatio noui operis semper præsupponat opus cœptum; nec locum habere possit vbi op' nondum cœptum est, sed aliquis incipere saltem destinauit.

Verum hæc sententia sustineri non potest, cum propter *dict. l. 20. §. 2.* Tum quia in *l. 1. §. 2.* dicitur ad futura opera spectare operis nuntiationem: At maxime illud futurum opus dicitur quod ne quidem cœptum est.

Bartolus respondet *d. §.* opus loqui de opere demoliendo & ideo opus aliquod præsupponere: Nuntiationem vero, etiamsi nihil operis præexistet, fieri posse & efficacem esse. Mihi dicendum videtur in *d. §. opus.* declarari solum quidnā per opus illud intelligatur, quod, mediante nuntiatione, inhiberi debeat, non vero requiri ad ipsam nuntiationem vt opus aliquod sit factum vel fieri cœptum.

Vt porro operis noui nuntiatio competat, requiritur vt nouū aliquod iā fiat vel quis facturus sit. Nouū autē facere intelligitur qui ædificando aut demoliendo pristinam mutat operis faciem *l. 1. §. si quis ædificium. ff. hoc tit.*

Quæst.7. An reficienti possit nouum opus nuntiari?

Hinc quæritur de reficiente vtrum ipsi nouum opus nuntiari queat? pro negatiua sententia videntur militare textus perquam dilucidi.

Nam in *l.1.§.13.ff.hoc tit.* Vlpianus hæc in verba scribit: *Si quis ædificium vetus fulciat, an opus nouum ei nuntiare possumus, videamus & magis est; ne possimus: Hic enim non opus nouum facit, sed veteri sustinendo remedium adhibet.*

2. In *l.5.§.si quis riuos.13.ff. de oper. nou. nuntiat.* ita scribitur: *Si quis riuos vel cloacas velit reficere vel purgare, operis noui nuntiatio merito prohibetur.*

3. In *l. Seruius.3.§.si quis riuum.8.ff. de riuis.* Vlpianus, *si quis riuum*, inquit, *reficienti opus nouum nuntiat belle dictum est posse contemni operis noui nuntiationem: Cum enim prætor ei vim fieri vetet, absurdum est operis noui nuntiatione eum impediri.*

4. In *l.1.§.13.ff. de Cloacis. Si quis purganti mihi cloacam, vel reficienti opus nouum nuntiauerit, rectissime dicetur, contempta nuntiatione, me posse reficere id, quod institueram.*

5. Et quod nouum non faciat qui reficit, probat *l.1.§.penult.ff.de mort.inferend.* cuius hæc sunt verba: *Ædificare autem non solum qui nouum opus molitur intelligendus est, verum is quoq; qui vult reficere.* Ecce hic sibi inuicem opponuntur reficere & nouum opus facere: non igitur facit nouum opus qui reficit, ac consequenter reficienti non potest nouum opus nuntiari.

6. Idem plane comprobat etiam *l.3. §.reficere.15.ff. de itinere actuque priuato*: In qua dicitur: *Reficere sic accipimus ad pristinam formam iter & actum reducere, hoc est ne quis dilatet, aut producat; aut deprimat, aut exaggeret, & aliud est reficere & aliud longe facere.*

Rursus quod reficienti quoque possit nouum opus nuntiari probat hoc argumentum: Nouum opus nuntiari potest quotiens fit aliquid noui operis. *l.1.ff.de nou.oper.nunc.* Atqui refectione fit nouũ opus, quia domus refecta alia est domus. *l.inter stipulantem.§.sacram in fine. ff. de verbor.obligat.* & reficiens de nouo facere videtur *l.1.§.deinde.ff.de riuis.*

2. Accedit quod cum in *l.5.§.si quis riuos.ff. de oper. nou.* quæratur vtrum reficienti riuos possit nuntiari nouum opus? idcirco reficiens quoq; nouũ opus facere dicatur; quia alias de reficiente riuos inepte quæreretur ac dubitaretur.

Hæc vt concilient Interpretes nostri valde laborant. Duarenus distinguit vt si totum ædificium sit destructum illudq; restituatur, tunc dicatur refectione ædificij fieri nouum opus ac locum habeat noui operis nuntiatio *l.inter 83.§.5.versic. & nauis.ff.de verbor.oblig.* in verb. *sicuti de ædibus deposita tigna ea mente vt reponantur, ædium sunt. Sed si vsq; ad aream deposita sit, licet eadẽ materia restituatur, alia erit.* Quod si ædificium non in totum destructum reficiatur, nouum opus nuntiatur non intelligatur factum & ideo cesset noui operis nuntiatio. Sed hæc distinctio Duareni mihi plane verisimilis non accidit: In eo quippe ipsi adstipulari non possum quod dicit refici ædificium cum in totum & ad aream vsque destructum restituitur: proprie enim id ædificium refici dicitur, cuius adhuc quædam supersunt vestigia apparetque prima materia, quæ pristinum in statum reponitur *l. quid tamen. §. 1. ff. quib. mod. vsusfruct.* non etiam quod prorsus dirutum est ac solo æquatum. Coras. ad *l.1.§.hoc edicto. ff. de oper.nou.*

Nec sane in *d.l.inter 83.§.5.* nihil quicquam habetur de refectione ædificij in totum diruti & solo æquati.

Mihi posterior sententia probabilior videtur, quamquam Andr. Alciat. ad *l. 1. §.13. ff. hoc tit.* Iohannes Coras. ad *d. §. hoc edict.* in verb. *opus.* priorem amplectantur & simpliciter negent operis noui nuntiationem ad refectionem spectare.

Nec

Nec aduersantur quæ pro sententia priori adducta fuerunt argumenta.

Ad primum respondeo *in l.1.§.15.ff. de Nou.oper.nunc.* non agi de reficiente, sed de fulciẽte & tibicines supponente; hic nihil noui operis facere dici potest. Igitur textus ad præsentem quęstionem de reficiente conceptam, non pertinet.

Ad secundũ respondetur in refectione riuorum hoc speciale esse, quod in ea deficit noui operis mutatio. Ita Zasius *in d.l.1.§.si quis riuos.nu.2.* Et ita ibidem Bart. ratio autem specialitatis hæc est, quod publice intersit riuos & cloacas purgari & ideo ei, qui riuos reficit non possit nouum opus nunciari, ne publica impediatur vtilitas *d.l.5.§.si quis riuos.*

Idem quoque ad tertium & quartum respondetur. Et sane cum propter salutẽ & vtilitatem publicam nõ possit nouum opus nunciari riuos & cloacas reficienti, idcirco exinde infertur ius commune esse in contrarium, ita vt reficienti res alias possit nouum opus nunciari. Exceptio quippe arguit regulam in contrarium eandemque confirmat in casibus non exceptis.

Ad quintum respondetur reficere & nouum opus facere quãdo sibi inuicem opponuntur, tunc facere nouum opus idem significare, quod nouũ ædificium in totum extruere. Alioquin & qui reficit vetus, aliquid noui operis fuerit, vt supra demonstratum fuit.

Ad sextum respondetur dupliciter: Nam primo Bartolus respõdet verbum reficere esse ambiguum, interdum specialiter & proprie sumi atque idem significare quod ædificium nondum collapsum, sed aliqua ex parte defectũ redintegrare; Interdum vero generaliter sumi hoc verbum vt significet ædificium funditus collapsum & destructum restaurare, restituere: cum reficere idem sit quod rursus facere. In priori itaque significatione reficere opponitur facere, in posteriori vero non item, in qua qui reficit, facit.

Duarenus putat latere ambiguitatem in verbo opus nouum: Nam qui reficit ille dicitur, diuerso respectu, nouum opus facere & non facere nouum opus: Facit nouũ opus si fiat respectus ad eam operis formam, quæ fuit tempore nunciationis. *l.stipulatio. §. opus.ff. de nou.oper.nunc.* etiamsi in eam restituatur formam, quæ fuit etiam ante decẽnium. Non autem facit nouum opus, qui reficit si respectus habetur ad tempus anterius quo adhuc in integro fuit statu.

Hic lubet subijcere quæstionem elegantem non minus atq; inutilem, anne refectione rerum siue partium singularum mutetur vniuersum, an eadem res maneat? Quęst. 8. *An refectione rerum siue partium singularum mutetur vniuersum, an eadẽ res maneat?*

Pro negatiua sentẽtia primo facit textus *in l.quid tamen.10.§.pen.l.repeti.5.§.2.ff. quib.mod.vsufruct.amitt.l.20.§.sublatum.de seruit.vrban.&l.qui vsumfructũ.36.ff.de vsufr. l.si ita legatum.65.in fine.ff.de legat.1.* Quibus in locis statuitur, si nauis simul vlq; quaq; dissoluta sit, licet iisdem tabulis, nulla præterea adiecta restaurata sit, non tamen eandẽ nauim manere ac proinde vsumfructum nauis constitutum extingui, idemq; obtinere si domus diruta sit & ex iisdem cæmentis lignisq; restituta.

2. Confirmat hanc ipsam sentẽtiam ratio aperta & perspicua: Cum enim ex forma quæq; res sit id quod est & forma dat esse rei *l.9.§.si quis.ff. ad exhibend.* ideo sublata per dissolutionem forma nauis, corpus esse desinit, nec ex iisdem quantumuis tabulis refecta idem corpus esse intelligitur. Aliud siquidem materia est & aliud species *l.18.§.3.ff.de pign.act.* & cui materia legata est, ei species ex ea facta non debetur *l.88.ff.de legat.3.*

Sed pro contraria & affirmatiua sententia inprimis facere videtur *l. 83. §. sacram.ff.de verb.oblig.* vbi circa propositam quæstionẽ distinguit, vtrumne dominus

consiliũ habuerit eiusdẽ nauis ac domus reficiẽdæ, an tabulas & tigna & cœmenta in aliũ vsum conuertendi; vt illo casu eadem intelligatur esse nauis & domus: Hoc non item. Deinde pro eadẽ sententia pugnat pugnat text. *in l. 79. §. Area. ff. de leg. 3. l. 44. §. si area. ff. de leg. 1. l. 39. ff. de leg. 2.* vbi de area asseritur, ꝙ etsi species eius mutetur tamen debeatur, si postea area rursus sit facta. *& in l. 29. §. pen. ff. de pignor.* si domus diruta sit, oppignerata dicitur manere area, quia superficies ius soli sequi dicitur.

3. Deniq; eandem sententiam confirmat *l. 76. ff. de iudic. l. 65. §. vlt. ff. de legat. 1. l. 22. eod. l. 13. de pignor. l. 34. ff. eod.*

Verum hisce hactenus recensitis argumentis ac fundamentis nemo moueri debet, vt in posteriorem sententiam concedat & à priori recedat.

Ad primum enim argumentum respondet Hotom. *in d. l. 83. §. sacram.* à cæteris ICtis nõnihil dissentire, nec admittendam eius sententiam, qui falsum sit, quod ad rei diuersitatẽ aut identitatem, ad corporis deniq; qualitatem cõsilium & propositum hominis aliquid valeat.

Et sane non videtur id posse mentem & animum resoluentis, vt nauis eadem maneat aut non maneat, sed resolutionẽ ipsam siue mutationẽ nauis id facere potius vt nauis eadem post maneat, vel nõ maneat. Et idcirco etiam distinctio hæc de mente & animo, etsi paulo placuit *in d. l. 83. §. sacram.* ab aliis tamen omissa fuit.

Verum Alciatus *in d. §. sacram.* putat distinctionem Pauli non quidem iure stricto procedere, sed benignitate solum niti ac sustineri; ita vt si iuris stricti spectetur ratio tunc, qualicunq; animo fuerit reficiens, non intelligatur prior esse nauis: Sin vero æquitatem consideremus, tunc pro eadem naui habeatur, si quidem hoc animo fuerit nauim resoluẽs vt rursus ex tabulis nauim cõficeret.

Cæterum Hubert. Giphan. *in Lectur. Altorphinis ad d. § sacram.* ait prædictam Pauli distinctionem nõ esse nouam, nec exemplo carere, nec reiiciendam esse. Exemplum eius dicit extare *in l. 86. ff. de legat. 3.* vbi asseritur, si quis domum leget quæq; ibi erunt cũ morietur, hoc legato non contineri pecuniam in domo quidẽ repertam, sed quam defunctus eo animo ibi reposuerat exactam à debitoribus, vt denuo aliis nominibus collocaretur & rursus fœnore occuparetur. Aliud exẽplum putat exhiberi *in d. l. si chorus. §. 1. de leg. 3.* vbi omnia mobilia, quæ in domo erant, legata fuerunt, & dicitur nummos tales, id est, eo animo ibi repositos, vt mutuo dentur ac fœnori non contineri eo legato. Cum igitur hisce casibus animus ac propositum spectetur, ideo absurdum videri nõ debet quod nauis, quę dissoluitur eo animo, vt statim & ex iisdem tabulis reficiatur, merito cẽseri debet esse eadem nauis; præsertim cum in nostro casu carina nauis, quæ est fundamentum nauis relinquatur; Carina autem atq; sic fundamẽto nauis saluo manente, manet etiam nauis salua & integra. *l. 24. §. vlt. de legat. 1. l. Minicius. ff. de rei vindicat.*

Ad secundum argumentum de area adductum respondetur à Francisc. Hotom. aream, quoad præsens negotiũ, diuersissimam habere à cæteris rebus cõditionem & naturam, quia ius soli superficies sequatur, cum area pars domus sit & quidem maxima *l. qui res. 98. §. vlt. ff. de solut.* vbi Paulus scribit, aream non desiisse in rerum natura esse.

Ad tertiũ resp. Hotom. distinguẽdum esse vtrũ res singulę vno tempore mutatæ fuerint, an sensim, particulatim ac diuersis temporibus vt priori casu verissimum sit refectione siue restauratione non eandem cum priori re esse censeri: Posteriori vero species maneat pristina ac proinde res eadem, non diuersa.

Ratio-

Rationem huius elegantem adduxit Alfenus *in d.l.76.ff. de iudic.* quod nempe cuius rei species eadem consisteret, ea quoq; eadem existimari debeat. Et sane cum rei forma sit ex qua quæque res est, id quod est. *l. Iulianus.ff.ad exhib.* igitur etiam cõtinuatio formæ est rei ipsius continuatio: Et quemadmodum renouatio partis vnius totum non renouat, quoniam species & forma eadem manet, vt si statuæ brachium aliud, appositum sit *l. si statua. 14. ff. de auro & argent. legat.* ita particularis renouatio rem vniuersam non renouat.

Litera E. Noui porro operis nunciationis hæc vis & hic effectus erat, vt nunciatus cogeretur desistere ab opere cœpto; ita vt ni hoc faceret cõpelleretur postea opus perfectũ demolire, siue iure, siue iniuria nunciatio sit facta *l. 20. §. 1. ff. hoc tit.*

Sic tamen vt si nũciatus paratus esset satisdare & cauere de opere demoliẽdo quando aparuisset, quod ius ædificandi sibi non fuisset, ipsi rursus ædificare permittebatur. *l. 5. §. si cui. ff. hoc tit.* Hoc vero ius satisdandi noua Iustiniani constitutione *in l. vnic. C. de noui oper. nunciat.* non est sublatum, sed aliqualiter duntaxat restrictum, sic vt adhuc quidem satisdare possit nunciatus, sed ita si spacium trium mensium prius fuerit præter lapsum. Duaren. *ad d. l. 5. §. 17. ff. de oper. nou. nunc.*

Litera F. Quest. 9. *An qui ignorat nunciatum esse nouum opus cogatur illud suis?* Cæterum si absq; satisdatione nunciatus pergat opus facere ac perspicere cogitur postea suis sumptibus illud demolire ac tollere: Nec refert quicquam ipsi facta sit nunciatio an operariis, vel vxori aut seruis eius: & sciuerit ipse nouũ opus nunciatum esse, an ignorauerit.

Verum hoc casu, quo ignorauit dominus nunciationẽ operis noui esse factam, pleriq; existimant tollendũ quidẽ id quod post nunciationem ædificatum fuit, sed non impensis domini, sed ipsius nunciantis; id quod sequentibus fundamentis obtinere conantur.

1. Ignorantem, inquiunt, qui delinquendi animum & propositum non habuit, pœna, & quidem grauissima pœna affici, periniquum foret, simul etiam absurdum; cum leges pœnas duntaxat scientibus & non etiam ignorantibus arrogare soleant *l. final. ff. de decret. ab vtil. l. ex maleficiis. §. 1. ff. de obligat. & actio. l. penultim. C. de tabul.* & pœna sit fraudis delictorumve exercitio *l. aliud est fraus. ff. de verbor. obligat.* Atqui demolitio ædificij, quæ præsertim proprio sumptu fieri debet, pœnam continet. *l. penult. ff. de operis nou. nunc.* Igitur ignorantibus non debet imponi.

2. Accedit deinceps exemplum hæredis eius, qui, remissione non impetrata, ædificauit, hic enim hæres patientiam quidẽ demolitionis operis præstare debet; sumptus vero destructionis erogare nõ tenetur *d. l. penult.* pariiaq; modo nõ tenetur ignorans suis impensis destruere ædificium, quod post nunciationem extructum est.

3. Adde quod causa, ob quã id, quod post nunciationem est extructũ & ædificatũ debeat sumptibus ædificantis tolli, in casu nostro penitus deficiat: nec enim vllus prætoris contemptus illi imputari potest, qui iuste ignorat sibi ex prætoris edicto quicquam imperari.

Verum cõtrariam opinionem, quam & Treutlerus noster amplectitur, veriorem esse iudico, ita tamen vt ab eo tempore quo verisimiliter innotuit domino nũciatio noui opis, ad demolitionẽ, suis sumptibus faciẽdam, obstringatur, tametsi fortassis reuera nũciationem factam esse ignoret. *c. 2. de oper. nou. nunc.*

Et hac sententia ista nititur ratione, quod verba prætoris simpliciter loquãtur & in rem sint scripta: *Quod factum est restituas. l. prætor. pr. & §. ait prætor. ff. de nou. oper. nunciat.*

2. Quia Vlpianus *in l. 1. §. sed et si quis. ff. quod vi aut clam.* generaliter dicit, eum, qui

Ad hæc quanquam aliqua fortassis culpa & negligentia imputari posset ædificanti non tamen ea tanti foret momenti, vt eiusmodi graui pæna afficiendus esset nuntiatus, præsertim cum culpa huius satis iustam excusationem habere videatur, quod nempe ipsi non semper de fide, integritate & industria operariorum constare possit nec hoc ad ipsum spectet inquirere, sed potius quam sint artis suæ, quam profitentur periti.

Et quicquid etiam dicat Corasius, pœna est destructio operis impensis ipsius ædificantis facienda: Pœna quippe vocatur in *d. l. pen. ff. de oper. nou.* nunc. Nec enim, vt somniat Corasius, nuntiati heres impensis suis destruere opus non cogitur, quia ipse nihil noui operis fecerit, neque etiam eius nomine alius; sed vera eius rei causa ab ipso ICto expressa est in *d. l. penultim.* Illic enim Marcellus. *Cui*, inquit *nouum opus nuntiatum est, ante remissam nuntiationem opere facto decessit, debet heres eius patientiam destruendi operis aduersario præstare: Nam & in restituendo huiusmodi opere eius, qui contra edictum fecit, pæna versatur porro autem in pœnam heres non succedit.* Ecce hic ICtus veram rationem assignat cur heres nuntiati impensas demolitionis non præstet, quia nempe in pœnam non succedat heres, pœna autem sit ista de qua agimus, demolitio.

Nec iuuat quicquam opinionem Corasii quod ait, non ex parte nuntiantis, sed ex parte nuntiati pœnam esse impensis nuntiati destructionem fieri; Hoc quippe sufficit ad hoc vt à pœna ignorans immunis esse debeat.

Ad vtrumque Corasii argumentum respondeo, etsi verba prætoris generaliter sit concepta ex æquitate tamen, humanitate & benignitate illam temperamentum accipere. Itaque namque de edicto prætoris, quod de in ius vocando proposuerat, scribit Paulus *in L. ii. ff. de in ius vocand. Quamuis non adiiciat prætor, causa cognita se pœnale iudicium daturum, tamen Labeo ait moderandam iurisdictionem, veluti si pœniteat libertum & actionem remittat vel si patronus vocatus non venerit, aut si non inuitus vocatus sit, licet edicti verba non patiantur.* Edicta proinde prætorum generalibus verbis concepta, ex æquitate non minus restringuntur atque leges. Etsi proinde prætor generalibus hisce verbis edixerit, *quod factum est restituas*; ex æquitate tamen sic accipiuntur, vt *quod factum est, sciente te restituas.*

Sed quid si minor sit 25. annis nuntiatus, anne poterit restitui in integrum si ignorans ædificauerit? Quæ. 10. *An minor contra nuntiationem ædificans restituatur in integrum?*

Negat Accursius quia etsi minor ex hac causa restitueretur non tamen ei vtile foret, quandoquidem eum in statum restituendum foret, in quo fuit tempore nuntiationis, hoc autem facto, officium diruetur, quod è commodo minoris non foret, maxime si forte ius ædificandi habuit.

2. In delictis, inquiunt, minori restitutio non datur *l. si ex causa. §. Nunc videndũ ff. de minoribus l. Auxilium. eod. tit.* Atqui delictum est spernere nuntiationem noui operis, eamque spernendo prætoris auctoritatem & maiestatem contemnere.

3. Contra noui operis nuntiationem non restituitur Ecclesia *c. 2. de Nou. oper. nunt.* Non igitur succurritur minori.

4. Omnes quæstiones de proprietate debent differri in iudicium petitorium *l. si quis ad se fundum. ff. ad L. Iul. de vi public.* Atqui minor petit restitutionem in integrum hoc colore quod habeat ius ædificandi. Ergo debet ista petitio referri ad petitorium iudicium nec tractari in hoc præsenti interdicto quo agitur de possessione & restitutione eiusdem.

Hisce argumentis motus Duarenus subscribit huic opinioni; ita tamen vt tunc demum eam procedere velit, quando magna aliqua & grauis causa subest, quæ prætorem mouere possit indulgendum in integrum restitutionem. Restitutio quippe in integrum fere pendet ex arbitrio prætoris *l. 1. Digest. de minor.* in verb. *vti quaque res erit*, *animaduertam.*

RESOLVTIO THESIS Secundæ.

Lit. A. CAusa in qua opus nouum nuntiatur est vel priuata, vel publica: In publica causa omnes eius loci ciues nũtiare possunt, propterea quod interfit Reipubl. suæ causæ defensionem quam plurimis patere *l. seruum §. publice ff. de proc. l. 4. ff. de oper. nou. nunciat.* Et quia ipsorum quoque ciuium singulorum interest, ne quid detrimẽti res publica capiat. Quapropter si vel in loco sacro, vel religioso vel publico ædificetur, omnes ciues nouum huiusmodi opus nuntiare possunt *l. In prouincialibus. §. vlt. ff. hoc tit.*

Incolæ & peregrini non possunt nouum opus publica è causa nuntiare quia priuatum illorum interesse hic deficit.

Nec obstat quod in via publica ædificanti etiam incolæ opus publicum nunciare possunt *l. 1. Digest. de via publica.*

Nam hoc singulare est & ratio etiam satis patet quia nempe peregrinorum quoque interest viarum publicarum conditionem ædificando non reddi deteriorem; quandoquidem permittitur omnibus via publica ire, etiamsi ciues non sint *l. per. agrum C. de seruitut.*

Via publica nemo recte prohibetur. Plaut. in Curcull. Nemo ire quenquam publica prohibet via.

Sed tamen Franc. Duarenus in eam inclinat sententiam quod nec incolæ nec peregrini possint opus nouum nunciare, cum nullus omnino sit textus qui incolis vel peregrinis concedat facultatem nouum opus nunciandi: Nam quod ad *d. l. 1.* attinet, dicitur quidem illic quod omnibus liceat nouum opus in via publica ædificanti nuntiare, sed incolarum & peregrinorum illic nulla sit mentio; Et proinde commodissime ille locus sic accipi potest, vt omnibus liceat opus nouum nuntiare, quibus publicas causas defendere competit, cum verba generalia ex subiecta materia restrictionem recipiant.

De inquilino quoque & colono vtrumne nouum opus nunciare queant, dubium mouetur?

Et receptissima sententia est quod colonus suo nomine non possit opus nouum nunciare. Quær. 1I. *An nouum opus nuntiare possint colonus & inquilinus?*

Ratio hæc adducitur, quia non habet ius in re *l. Non solet. Digest. loc.* Non obstat *l. 1. de loco publ. fruend.* vbi conductor siue redemptor vectigalis potest nouum opus nuntiare.

Hunc enim excipi à regula superiori ait Duarenus; Hic enim conductor multa habet singularia: In hoc quippe creditore & hoc singulare est quod potest prædia & possessiones non soluentium vendere *l. creditor. Digest. de action. empt.*

Sed nunquid saltem nomini domini & locatoris nuntiare nouum opus poterit?

Negandum hoc videtur per textum in *l. 3. §. penultim. ff. hoc tit.* qui textus loquitur generaliter & indistincte.

Verum affirmatiua videtur recipienda tum exemplo vsufructuarii, quem procuratorio nomine nuntiare constat *l. 1. §. vlt. ff. hoc tit.* Tum quia colono siue inquilino intelligitur cura diligenti custodiæ esse demandata, sicut fructua-

rio *l.videamus.Digest locati.L item quaeritur.* *§.Exercitu.Digest.eod.tit.* Vtilitatis proinde causa receptum est vt domino absente nũtiare & experiri colonus possit.

Quae. 12. *An pupillus publico nomine possit nuntiare opus nouum?*

De pupillo etiam quaesitum est possitne publico nomine opus nouum nuntiare,& placet non posse etsi tutoris authoritas interueniat.

Ita quippe Vlpianus in *l.5.pr.Digest. de oper.nou nunt.De pupillo*, inquit, *quaesitum est* & Iulianus *lib.12.Digest. scripsit pupillo non esse operis noui nuntiationis executionem dandam nisi ad ipsius priuatum commodum res pertineat.*

Ratio autem eius haec est quod eius aetas ad Reipubl.vtilitatem idonea non sit *l.2.ff.de Reg.Iur.l. 2. Digest. de muneribus & honoribus.*

Nec quicquam hic facit tutoris authoritas, vt ad cuius officium non pertinent quae sunt publica. *lege final. de curator.furios.*vnde dici solet suffragium non admitti in publicis causis & negotiis *l.Spurij §.minores. ff. de decur.* Duaren. *c.5.de oper.nou.nuntiat.*

Sed numquid suo nomine & ad priuatum suum commodum nuntiare poterit pupillus? Affirmat Vlpianus dummodo tutoris interueniat authoritas *d.l.5.pr.* Nisi ait Vlpianus, *ad ipsius priuatum commodum res pertineat. Veluti si luminibus eius officiatur aut prospectui obsit: Non aliter autem pupilli rata habebitur nuntiatio quam intercedente tutore auctore.*

Sed huic assertioni obiicit Bartolus quod tutoris authoritas ad ea negotia non sit necessaria quae ad commodum pertinent pupilli *l.obligari ff. de authorit. tutor.*tale vero negotium esse operis noui nuntiationem declaret ipse ICtus Vlpianus in *d.l.5.pr.* Igitur à pupillo etiam sine authoritate tutoris fieri possit.

Deinde opponit quod actus extraiudicialis, qualis est noui operis nuntiatio, possit per seruum & pupillum expediri *l.seruus.ff.de bonor.poss.*

Sed vtraque obiectio leuissimi ponderis est: Nam in iis demum actibus non est necessaria tutoris authoritas qui sic ad cõmodum pupilli spectant,vt non possint illi esse detrimentosi *pr.& §.1. I. de auctorit. tutor.* Vnde hereditatem, quamuis lucrosa pupillo esse possit, non adit sine tutoris auctoritate, nec bonorum possessionem suscipit, quia fieri potest vt exinde suam conditionem deteriorem reddat. Iam vero operis noui nuntiatio sic ad vtilitatem pupilli spectat vt etiam damnosa eidem existere queat. Quid enim si causa nuntiationis minus fuerit iusta; potest conueniri pupillus ad interesse actione in factum atq; sic grãde aliquod damnũ incurrere.

Ad secundam dubitandi rationem respõderi potest à pupillo extra iudicialẽ actum sine tutoris authoritate fieri posse,si ipsi pupillo damno cedere nequeat. *d.l.obligari.ff.de auctorit.tutor.d.pr.& §.1.I. eod.*Huic quaestioni vicina est de adulto quaestio,anne si curatorem habeat possit nouum opus nunciare?

Quae. 13. *An adultus curatorem habens possit nouum opus nuntiare?*

Et quidem publico nomine nuntiare eum posse videtur omnino dicendum quia ad Rempublicam administrandam minor 15.annis admittitur *l.1.§.2.ff.de offi. Consul.l.57.ff.de re iudicat.*

2. Deinde adultus eius iam est discretionis vt possit in publicum procedere *§.fin.I.quibus ex caus.manumit. non licet.l.1.§.pueritia.ff.de postuland.*

3. Regula est à Paulo ICto tradita in *l.4. ff. de popular. action.* popularem actionem ei permitti, cui per edictum postulare licet: Atqui adulto, dummodo excesserit annum decimum octauum postulare posse, expeditum est *d.l.1.§. pueritia. ff. de postulando.*actiones igitur populares exercere possunt; Et consequenter non prohibentur opus nouum publico nomine nunciare.

CC 2 4. In-

nunciare. Sed Authori nostro ab hac sententia discedere placet, ita vt statuat minorem indistinctè posse opus nouum nunciare, siue curatorem habuerit, siue non habuerit. Monetur in hanc sententiam per *l.101. ff. de Verbor. obligat.* ex qua ipsi dicendum videtur minorem habentem curatorem, obligari sine curatoris consensu; ex quo porro infert quod etiam sine curatoris consensu possit opus nouum nunciare.

Sed fallitur Author noster eo quod in falso se fundat principio: siquidem certo certius est quod minor, qui curatorem habet, sine consensu eius non obligetur, id quod etiam dilucidissime probat textus in *l.3. C. de restit. in integr.* Cæterum quia hæc præsens quæstio videtur maxime ex illa dependere, vtrum minor viginti quinque annis obligetur absque curatoris consensu, ideirco à proposito nostro non erit alienum inquirere qui quidnam circa propositam quæstionem statui debeat? Et distinguendum videtur inter minorem, qui habet curatorem, & eum, qui non habet curatorem, vt hic quidem sine curatoris consensu obligetur; sic tamen vt læsus in contractu habeat beneficium restitutionis in integrum: Ille vero, qui curatorem habet, sine eius consensu non obligetur. Robert. *1. animaduers. c.12.* & in *Not. ad mercat lib.1.c.12.* Donellus & Duaren. in *l.101.d. verb. obligat.* Gœdd. *de contrahend. & committend. stipulat. c.7. conclus.14. num.236.* Bocerus *de inuestit. feudi. c.3. num.17. cum sequent.*

1. Nam in *l.3. C. de restitut. in integ. minor.* Diocletianus & Maximinianus ad quæstionem an minor obligetur, distinguendo respondent, vt si minor habuerit curatorem & sine consensu eius prædium vendiderit, tunc contractus non subsistat, sed ipso iure sit nullus: Sin vero curatorem non habuerit, tunc contractus ab eo initus valeat, verum rescindi possit per in integrum restitutionem, si in isto contractu minor læsus fuerit & circumuentus: *Si curatorem habens*, inquiunt Imperatores, *minor quinque & viginti annis post pupillarem ætatem res vendidisti, hunc contractum seruari non oportet, cum non absimilis ei habeatur minor curatorem habens, cui à prætore curatore dato, bonis interdictum est: Sin vero sine curatore constitutus contractum fecisti, implorare in integrum restitutionẽ, si nec dum tẽpora præfinita excesserint, causa cognita nõ prohiberis.*

Etsi vero Iacobus Cuiacius *lib.9. obseruat. 33.* & *in lege 101. de verborum obligatione* Iohannes Borcholt. in *tract. de reb. credit. c.3.* & in *tract. de iureiurand. c.3. num. 29. & sequent.* Andr. Fachin. *lib.3. c.9.* & Giphanius ad *l. obligari de obligat. & act.* respondeant: Eam *l.3.* de rerum alienatione, veluti de rerum venditione iam perfecta completaque loqui, non de obligatione: puberem non posse quidem alienare res suas absque curatoris authoritate: Cum curatori sit rerum administratio commissa, ipsi vero adempta: At vero puberem obligari posse sine curatoris authoritate, quoniam curator non personæ minoris, sed eius duntaxat rebus ac bonis datus intelligatur. *pr. Inst. de curator.*

Veruntamen responsio hæc vix ac ne vix quidem sustineri poterit. Quia expresse in *dict. l.3.* de venditione loquuntur Imperatores, non de alienatione: vendicatio autem proprie loquendo non est alienatio *l.20. C. de pact. l.3. ff. de oblig. & act.* Nec enim rei venditæ dominium transfertur, nisi traditione eius subsecuta *§. per traditionem ff. de re. diuis.* quæ tamen traditio non est de venditionis substantia, nec ad essentiam eius pertinet, *tot. tit. Inst. de obligat qua ex consensu pr. & §.3. Inst. de empt. §.2. Inst. de donat.*

Et quanquam venditionis nomine sæpe alienatio intelligatur, vtpote consequens quoddam venditionis, vnde &

Seneca: *Num quid non demens*, ait, *videbitur, qui aliud se vendidisse sibi dicit? Quia venditio alienatio est & rei suæ iurisque sui in alium translatio.* Et contra alienationis nomine frequenter venditio significetur *l.3. C. de iure emphyteutico*. Hoc tamen in loco venditionem pro alienatione non poni hinc colligitur. 1. Quia proprie loquendo, venditio non est alienatio *d. l. 20. C. de pact. & l. 3. ff. de oblig. & act.* à propria vero significatione in dubio non receditur *l. non aliter. de l gat. 3.* 2. Quia Imperatores de CONTRACTV venditionis loquuntur; Hunc contractum, inquiunt, seruari non oportet: Contractus vero non est alienatio. 3. Quia minorem curatorem habentem comparant cum prodigo: prodigum vero sine suo curatore non obligari constat ex *l. 6. ff. de V.O.* Nec impedit quod Giphanius respondet prodigo minorem *in d. l. 3. tantum* secundum quid comparari, quoad alienationem scilicet, de qua ibidem agitur; Nam hoc in mera ac nuda coniectura & diuinatione consistit, atque satis cum generalitate textus, tum rationibus antecedentibus refellitur. Quocirca ex hisce manifestum esse existimo adductam *l.3.* non de alienatione sed de venditione loqui.

Resp. deinde alii ad *d. l. 3.* in ea proponi vnicum casum, de quo duæ subiiciantur quæstiones. Casum hunc esse, quo minor curatorem habens, fundum sine curatoris consensu vendiderit, & ex venditione ista læsus fuerit. De hoc quæri. I. Vtrum contractus seruandus sit, nec ne? Ad quod Imperatores respondeant; contractum seruandum non esse. Alteram quæstionem esse, quando contractus seruari non debeat? Ad quam Imperatores respondeant: Illum per in integrum restitutionem impugnandum.

Hæc vero *d. l. 3* explicatio hisce argumentis confirmari videtur. I. Quod vnicus casus sit ab Imperatoribus propositus, hinc colligendum, quod verisimile non sit Impp. respondisse de duobus casibus; cum non de duobus casibus sed de vnico fuerint consulti. Consulens enim Attianus aut habuit curatorem, aut nullum habuit, Imperatores responderint solum de eo minore, qui curatorem habuerit, hac ratione probari videtur, quia de eo minore, qui curatorem non habuit, dubium esse non potuerit, quin obligetur eique læso succurratur per in integrum restitutionem, adeoque plane ineptum & superuacuum fuerit, Impp. consulere de eo, quod iuris fuerit indubitati: Aut si omnino de eo consulti fuissent, procul dubio vt alibi respondissent, hoc iuris esse certi vel indubitati vel explorati. 3. Quod deniq; *in d. l. 3.* contractus non fuerit ipso iure nullus, hinc relucere videtur, quod Impp. venditionem ab Attiano contractam appellitent contractum: Iam vero si venditio ipso iure nullius esset momenti, contractus non diceretur, cum non entis nullæ sint qualitates, nullæ considerationes: Insuper Imperatores venditionem istam *seruari non oportere* scribunt: quo ipso sane significare videntur contractum valere, sed efficaciæ illius non esse, vt ex eo agi possit: Inepte enim diceretur, contractum non esse seruandum, qui ipso iure esset nullius, cum non entis nullæ sint qualitates, nullæ prædicationes: Atque seruari & nō seruari de eo recte enuncientur, q ipso iure valet, nō quod ab initio nullum est. Postremo, si contractus esset ipso iure nullus, non opus esset hac quæstione, quomodo seruandus non esset?

Cæterū & hanc solutionem non meliorem esse priori existimo. Quod enim *in d. l. 3.* duo proponantur casus diuersi, in quorum priori minor habuerit curatorem, in posteriori vero curatore fuerit destitutus, probat particula *Vero* quæ habet naturam disiungendi ea, quæ inter sese diuersa sunt.

Nec

Nec audiendi sunt, qui aiunt, particulam *Vero* idem hic significare, quod *Autem*, hanc vero frequenter sumi pro *Enim, l. intr. quatuor. 10. §. fin. ff. de diuers. temp. praescript.* ac pro *Igitur l. 63. §. pecoribus ff. de legat. 3.* in qua significatione, si accipiatur particula *Vero in d. l. 3.* rem fore expeditam, vt vel ratio illis posterioribus verbis reddatur, quare contractus seruandus non sit, nimirum, quia restitutio in integrum minori competat; vel ex prioribus inferatur. Igitur contractum hunc, ipso iure validum, restitutione in integrum rescindendū esse. Hæc, inquam responsio attendenda non est, siquidē in dubio à propria & genuina significatione vocis *Vero* non est recedendum: Nec sequitur particula *Vero* idē significat quod *Autem*. Hæc vero particula *Autem* idē quandoq; denotat, quod *enim* vel *igitur*: proinde etiam particula *Vero* pro *enim* vel *igitur* aliquando sumitur. Quod porro in casu *d. l. 3.* priori contractus ipso iure sit nullus, hinc probari videtur, quod minor curatorem habens, conferatur cum prodigo: contractus vero cum prodigo initus, sit ipso iure nullus *l. 6. de verb. oblig.* Nec ad rem pertinet, quod aiunt, minorem cū prodigo comparari in eo, quod contractus seruari non debeat, non autem in modo non seruandi: contrarium siquidem ex ipsis verbis legis satis liquet.

Postremo quod *in versic. sic Vero.* Impp. tractent de minore nō habente curatorem, liquido probant verba sine curatore constitutus. His enim verbis aperte significatur, minorem de quo illic disserunt Impp. curatorem nō habuisse: verbum enim constitutus pro eo, quod est existere, esse habere passim vsurpatum legimus; veluti *in l. 8. §. 1. ff. de tutor. & curat dat. l. 3. versic. vel adhuc C. si maior factus | fin. in verb. sub tutela constitui. C. de legitim. tutel. l. 1. & l. 7. C. qui dat. tut. vel curat. l. 7. C. de curator. furiosi. l. vnic. C. de act. à tutor. vel curator.* Ex hisce igitur patet, superiorē *d. l. 3. C. de restit. in integrū minor.* Interpretationē subsistere non posse. Nec defenditur argumentis pro ea supra adductis.

Ad *primum* respondeo, in legibus Codicis nihil fere esse frequentius quam quod ambiguitatis tollendæ causa, Imperatores de vnico casu consulti, per plurium causarum casuumque enumerationem ac distinctionē respondeant, veluti *in l. 1. fi. C. si quis ignor. rem. minor l. 1. l. 3. C. si aduers. libertat. l. 2. C. si aduers. donat. l. 4. l. si superstite. C. de dolo malo. l. 3. l. vt responsum l. cum proponas l. sub praetextu, C. de transact. l. 1. C. de edend.*

Ad *secundum* respondeo Imperatores in legibus Codicis sæpe rescripsisse ac respondisse de re minus dubitabili, consultos à priuatis hominibus iuris plāne imperitis. Ad *tertium* resp. *in d. l. 3.* venditionem sine curatoris consensu initam appellari contractum abusiue & improprie, quemadmodum venditio à prodigo inita contractus dicitur, quia scilicet intentione ac facto illorum, qui contrahebant, putabatur fieri venditio: Atq; sic falsus tutor & falsum testamētū vocatur testamentum *l. Paulus 221. de verb. signif.*

Præterea *non seruari* quod opponitur *obseruari* proprie ad ea refertur, quæ ipso iure non subsistunt, sed irrita sunt & nulla statim ab initio. Id enim quod ab initio statim non valet, & pro infecto habetur, recte dicitur non seruari. Atque ita pactum à iure remotum dicitur non seruari *in l. 7. § si pacisc. iscatur ff. de pact.* Et tamen huiusmodi pactū, quod iuri communi aduersatur, nullius esse momenti & pro infecto haberi, sancit Iustinianus *in l. non dubiū C. de legib. l. generaliter de verb. obligat.* Et *in l. 27. §. pacta 4. ff de pact.* Ea pacta, quæ turpem causam continent, non sunt obseruanda: Hæc autem quin ipso iure sint nulla, patet ex *d. l. generaliter. de verb. obligat.* Deniq; obseruandū est, q̄ de contractu à minore curatorem habente, inito, *in d. l. 3.* non quæratur, quomodo sit seruandus.

seruandus; sed simpliciter decidatur, contractũ seruandũ nõ esse, hoc est, eum iure ipso, & statim ab initio nullum esse.

2. Quod sine curatoris auctoritate non obligetur minor, hæc porro ratio probat, quod cui bonorum administratio adempta est, eidem quoque ademptum sit ius sese obligandi suo arbitrio ex conuentione. *L. is cui bonis 6. tot. tit. ff. de curat. furios.* quoniam bonorum appellatio continet obligationis & ius sese obligandi *L. 49. de verb. signif.* Et ius administrandi tam ac obligationem, quam ad alienationẽ spectat. *l. sane. C. de admin. tut.* Atqui minori adempta est bonorum administratio dato ei curatore. *l. Sancimus 25. C. de admin. tut. l. in bonorum 48. ff. de administ. & peric. prin. Inst. de auctor. tut. lege 1. Digest. de minor.* Ergo eidem quoque ademptum est ius sese obligandi & contrahendi.

3. Qui non potest alienare inuito seu non consentiente curatore, is non potest se sine vllius consensu obligare, quia alienatio est effectu & consequens quoddam obligationis: A quo autem remouetur effectus, ab eodem causam quoque remoueri necessum est, vt cui denegatur necessarium consequens, eidem quoque antecedens denegari intelligitur. Atqui minor absque curatoris consensu non potest bona sua alienare, *tot. tit. ff. de reb. minor.* Ergo nec potest sine curatore suo contrahere & contrahendo sese obligare.

Contrariam opinionem quod uempe minor sine curatoris consensu contrahens obligetur, amplectuntur Herman. Vulteius *in discept. Scholast. c. 16.* Cuiacius *lib. 9. obseru. 33.* & ad *l. to. de verb. obl.* Borcholt. *de reb. credit. c. 3. & de iureiur. c. 3. num. 29. & seq.* Andr. Fachin. *lib. 3. contr. 9.* Giphanius ad *l. obligari de oblig. & act.* Anton. Faber. *6. error. pragmat. 9.* & qui hos plurimi è Neotericis sequuntur. Argumenta illorum hæc sunt.

1. In *l. 101. de verb. oblig.* expresse Modestinus ICtus *puberes*, ait, *sine curatoribus suis, ex stipulatu obligari possunt.*

2. Cura non est personæ, sed rei nec enim curator datur personæ sed rebus duntaxat seu bonis minoris, *l. 3. pr. ff. de tutel. l. 32. princ. ff. de episc. & cleric. l. 1. quando ex facto tut. l. 44. §. At si ff. de excus. tutor.* Obligatio autem non est rei sed personæ, quia persona & non res vinculo adstringitur ex obligatione, *pr Inst. de oblig. verb. obstringimur.* Igitur minor etiam sine curatore obligari potest, nec obligatio ad curatoris administrationem & munus pertinet.

3. In *l. sciendum. C. de nupt.* diserte rescribunt Imperatores: *Fœminam sine curatore posse matrimonii contractum inire.* Et in *l. in copulandis, 8. C. eod. tit.* *In copulandis*, inquit Gordianus, *nuptiis, nec curatoris, qui solam rei familiaris sustinet administrationem, auctoritatem debere interuenire.* Et in *l. 20. ff. de ritu nupt.* Paulus scribit: *Sciendum est ad officium curatoris non pertinere, nubat pupilla annon, quia officium eius in administratione negotiorum consistit.*

4. In *l. aut prætor. §. 1. ff. de minorib.* dicitur sine curatoris consensu minori recte solui, vt hac solutione iure liberetur debitor, tantumque supersit minori in integrum restitutio.

5. In *l. nam postea quam §. si minor. ff. de iureiur.* statuit Vlpianus minorem posse sine curatore iusiurandum litis decisorium ferre, sic vt delatio ipsa non sit ipso iure nulla, sed valeat, & si læsum se minor probet, in integrum restitui queat. *Si minor, ait, viginti quinque annis, detulerit iusiurandum, & hoc ipso captum se dicat, aduersus exceptionem iurisiurandi replicari debebit, vt Pomponius ait, Ego vero puto hanc replicationem non semper esse dandam, sed plerumque ipsum prætorem debere cognoscere, an captus sit, & sic in integrum restituere.*

6. Si minor viginti quinque annis rogatus sit per fideicommissum restituere

mere curatori suo hereditatem, recte etiam sine ullius curatoris auctoritate restituere dicitur in *l. 1. §. fuit. ff. ad Senatusc. Trebell.*

7. In *l. cum in una §. fin ff. de appellat.* dicitur, si tutoris auctoritas fuerit pupillo necessaria, veluti ad adeundā hereditatē, tutor ei necessario dabitur; Quoniam curatoris autoritas ad hoc ei inutilis est: Si igitur sine curatore minor potest adire hereditatem, sequitur quod & sine curatore minor possit cōtrahere & exinde sese obligare, quia hereditatis aditio est quasi non contractus, ex quo hæres legatariis & fideicommissariis obligatur. *§. 5. Inst. de obligat. quæ quasi ex contract.*

8. Accedit his, quod pubes curatorem habens, non solum sit civis Romanus, sed firmi etiam iudicii ita ut probe intelligat quid agat & per naturam consentire queat. Cui videtur consequens, ut qui consensu fiunt contractus, minor contrahere possit.

9. Adde, quod tutor authoritatem; Curator consensum interponat: Authoritas consensum legitimet ad actum perficiendum: Consensus non item; Cum minoris persona per se satis sit integra; adeo ut minores inuiti non accipiant curatores, *§. item inuiti Inst. de curat.*

10. Maior est patris, quam curatoris authoritas: Cum longe maius in filium ius habeat pater, quam curator in impuberem: At minori contrahenti nec patris authoritas est necessaria, *l. fin. §. 1. ff. de verb. oblig.* Ergo multo minus necessaria erit authoritas tutoris.

11. Cui conceditur id, quod maius est, eidem denegari non oportet quod minus est: Atqui maius est testamentum facere posse, quod tamen minori puberi conceditur, quam de quibusdam duntaxat rebus suis contrahere posse: Igitur minori puberi permittendum erit de bonis suis, etiam sine curatore contrahere ac contrahendo sese obligare.

12. In *l. obligari 43. Digest. de obligat. & act.* in hæc verba scribit ICtus: *Obligari potest paterfamilias suæ potestatis compos mentis, pupillus sine tutoris authoritate non obligatur iure civili.* Quibus verbis confert Iurisconsultus pupillum cum pubere curatorem habente, sic ut ille non obligetur sine tutoris authoritate: Hic vero obligetur. Hæc igitur fundamenta ordine relata, evidenter probare videntur, minorem sine curatoris sui consensu obligari posse.

Verum enim vero mihi tanti momenti non videntur, ut à priori sententia quenquam dimouere debeant.

Quantum enim ad primum, quod ex *l. 101. de verb. obligat.* sumunt, varie ab interpretibus dissoluitur.

Nam primo Henricus Bocerus distinguit inter stipulationem & reliquos contractus, sic ut puberes sine curatoribus suis ex stipulatu quidem obligentur: Ex aliis vero contractibus non obligentur: Et hoc ideo, quia stipulatio est contractus omnium firmissimus, arg. *§. 1. l. de verb. oblig.* ad hoc potissimum inuentus & introductus, ut alios contractus firmet, Paulus *lib. 5. sent. 7.*

Quam tamen responsionem ego probare non possum, propterea quod ius contrahendi stipulationē, non minus ad rerum administrationē, quæ minori adempta & curatori commissa est, quam ius alios cōtractus ineundi spectat: Nec minus ex stipulatione rerum sequatur alienatio, quā aliis è contractibus, adeoque eadem plane ratio in stipulatione, quæ in cæteris contractibus obtineat: Accedit huic, quod vel ideo, quia stipulatio firmius obstringit, quam cæteri contractus, puberes sine consensu curatoris ex stipulatu obligari minus possint, quam ex aliis contractibus, quo-

DD nam

niam qui prohibetur ex contractu minus firmiter obstringente, obligari, is multo magis prohibetur ex contractu omnium firmissime obstringente obligari.

Secundo Iohannes Gö ld. respondet dictionem SVIS *in d. l. 3.* non ad vocem *curatoribus*, sed ad subaudiendam dictionem *creditoribus* referendam esse, sicut post vocem creditoribus distinctionis, seu commatis signum ponatur; Quasi Modestinus scripsisset: *Puberes sine Curatoribus, (hoc est, non habentes curatores) suis creditoribus obligari possunt.*

Reiicitur vero & hæc responsio. 1. Quia est plane diuinatoria. 2. Quia est dura, vt quæ duplicem desideret subauditionem, eamque satis duram, vnam in voce *curatoribus*: alteram in voce *Suis*, cum tamen verisimile non sit, Modestinum ICtum prudentissimum, tot subauditionibus legem suam obnoxiam relinquere voluisse.

Tertio Accursius respondet Modestinum *in d. l. 101.* loqui de puberis obligatione tantum naturali, non de ciuili & ad actionem efficaci.

Sed nec hæc subsistere potest responsio. 1. Quia verbum *obligari* in dubio de ciuili obligatione accipitur, non solum quia in dubio semper verbum in potentiori significatione sumitur, *arg. l. 10 ff. de statu hom.* sed etiam quia obligatio ciuilis propria est obligatio: naturalis vero minus propria; *arg. §. 1. Inst. de obligat.*

2. Quia quotiens ICti significare volunt obligationem naturalem, id exprimere solent, *l. serui. 14. ff. de oblig. & act. l. 13. de condict. indeb.*

3. Quia ex stipulatione, de qua *in d. l. 101. de verb. oblig.* Modestinus loquitur, ciuilis nascitur obligatio, vtpote ex contractu, origine & forma ciuili.

Quarto, Hugo Donellus respondet, hoc verbum *Suis* esse ambiguum & *in d. l. 3.* non de illis tutoribus, quos ex iure habent, sed de iis, quos ex iure habere debuerint minores, intelligendum esse abusiue scilicet & *ἀναφορικῶς*, relatione nimirum facta non ad id quod factum est, sed quod fieri debuit; vt sensus legis sit, puberes obligari posse sine curatoribus suis, id est iis, quos propter ætatem iure habere possunt & debent.

Quæ tamen & ipsa solutio propterea reiicitur, quod non modo sit diuinatoria, sed eandem refellat quoque particula *Suis*, quæ satis arguit ICtum loqui de puberibus, qui habent suos curatores, cum puberum curatores non recte dicantur illi, qui puberibus dati non sunt: Nec obligari sine curatoribus suis recte dicantur illi, qui curatores non habent; cum pronomen illud *Suis* sit possessiuæ significationis, & præsupponat aliquem, qui, vt ita dicam, possidet, hoc est, habet curatores.

Quapropter hisce responsionibus ordine reiectis respondendum existimo cum Iohanne Roberto, ICtum Modestinum *in d. l. 101.* non simpliciter & absolute dicere puberes sine curatoribus suis obligari, sed addidisse *Posse* obligari; vt hinc intelligatur, non quidem regulariter puberes obligari, sed certis duntaxat quibusdam casibus, quorum primus sit, *si rem suam meliorem fecerint*. quoniam cum hoc casu pupillus sine tutoris authoritate obligetur, multo magis pubes obligari debeat.

2. Si personam duntaxat suam, non etiam vna & consequenter res suas obligent; vt accidit quod sponsalia & nuptias contrahunt, *l. 20. ff. de rit. nupt. l. 8. C. de nupt.*

Ad secundum respondeo, ex contractu quidem personam puberis obligari & obstringi, sed ad rem aliquam dandam, vel aliquid faciendum: Vnde & supra demonstratum fuit, obligandi & contrahendi ius, ad bonorum administrationem, curatori commissam, & puberitadem-

ademptam spectare. Vt taceam, quod ex contractu rerum inducatur alienatio, quæ quotiens prohibetur, ea quoq; prohibita intelliguntur, per quæ ad alienationem peruenire potest.

Ad *tertium* respond. contractum nuptiarum & sponsaliorum excipi propterea, quod in eo non de rebus extra personas positis agitur, sed de sola personarum coniunctione, *arg. pr. Inst. de patr. pot.* Obligationes vero cæterorum contractuum non ad vinculum, soli personæ iniiciendum, sed ad dandum vel faciendum, hoc est, ad diminuendum debitori & augendum creditori patrimonium spectant.

Ad *quartum* resp. In *l. ait prætor. §. 2. ff. de minoribus* non proponi minorem sine curatoris sui consensu pecuniam soluisse: Nec etiam proponi minorem soluentem habuisse curatorem; sed potius quod curatorem non habuerit eo aperte demonstrari, quod IurisConsultus consilium debitori suppeditet, vt minori soluturus adeat prætorem; eumque roget, vt minori curatorem det, quo adhibito liberetur per solutionem. Tantum igitur abest, vt in hoc responso doceatur curatorem habenti sine illo recte solui, vt demonstretur potius curatores opus esse, idque imprimis vrgeat *l. sancimus. C. de admin. tut.* Nec obstat quicquam quod in *ea l.* dicitur, *minori succurri per in integrum restitutionem, si pecuniam illam perdiderit*: Quoniam tutoris vel curatoris authoritas interueniens auxilium in integrum restitutionis non aufert, *tot. tit. Cod. si tutor vel curator.* Et sane textus *d. §. 2.* non loquitur absolute, & tantum de minore, curatorem habente; sed distinguit deinceps ICtus generalitatem propositionis.

Adhæc non dicitur ibidem debitorem recte & cum effectu soluere minori: sed dicitur debitorem non compelli soluere, sed si velit, posse soluere, suo scilicet periculo, vti etiam de pupillo constitutum legimus, *in l. 15. Digest. de solut.*

Ad *quintum* resp. In *l. nam & postea quam. 9. §. 4. de iureiur.* non proponi minorem, qui aliis ius iurandum litis decisorium detulit, habuisse curatorem: Quod etsi quidam ex eo probari existiment, quod minor sine curatore in iudicio stare non possit. *§. item inuiti. Inst. de curat. tot. tit. C. qui legit. person.* ac consequenter iuramentum litis decisorium iudiciale deferre nequeat: Nondum tamen probatum est à dissentientibus, quod *d. §. 2.* de iudiciali loquatur iuramento, nec ratio vlla prohibet, eum §. de extraiudiciali & voluntario iuramento accipi. Et posito eo, quod in *§. 2.* de iudiciali agatur iuramento, tamen vel hoc probabit curatorem à minore adhibitum eiusque consensu iuramentum delatum esse. *arg. d. §. item inuiti. & d. tit. Cod. qui legitim. person.*

Postremo obseruandum est *in d. l. nam & postea quam. §. 4.* vt & *in præcedenti l. ait prætor. § 2 ff. de minor.* non agi de obligando minore, sed de liberando debitore minoris: solutio autem longe fauorabilior est obligatione, & ad liberandum semper fauorabiliores sunt leges, quam ad obligationem. *l. Arrianus. ff. de obligat. & action.*

Ad *sextum* respond. nihil penitus *d. l. 1. §. fuit. Digest. ad SenatusCons. Trebell.* ad rem facere, quia minor restituens hereditatem & in alium transferens non se obligat.

Et licet videatur minor hereditatem alii ex fideicommisso restituens, alienare eam: Tamen, quia nihil quicquam de suo alienat, nec in eo conditionem suam deteriorem reddit, secus atque tunc, quando res suas proprias alienat, aut ad

eas transferendas ac diminuendas alteri se obligat; ideo hic curatore opus non est.

Ad *septimum* resp. Negando consequentiam, quia non sequitur, quod si curatoris authoritas inutilis sit pupillo ad obligationem hæreditatis suscipiendam, etiam puberi sit inutilis: Nam ideo pupillo est inutilis, quia habet tutores, aut habere debet, à quibus regatur ea ætas, & qui auctores fieri possint. Contraria vera de causa puberibus curatorum authoritas vtilis sit, quia hi solum à curatoribus regantur, non etiam à tutoribus, vt proinde horum auctoritatem desiderare tanquam necessariam sit ridiculum.

Adde & hoc quod in *d. §. fin. l. cum in vna. de appellat.* IurisConsultus agat de curatore ad litem, non etiam ad bona dato: Cum itaque curator ad litem datus non attingat rerum administrationem, vt qui ad certum & vnicum hoc litis negocium sit datus, *§. datus. Instit. de excus. tutor.* ideo mirum non est, quod ad adeundam hæreditatem inutilis sit iste curator: Alioquin ad hereditatem adeundam puberi necessarium esse consensum curatoris, probat *l. 1. C. Si tut. vel curator interuen.*

Ad *octauum* respond. Vt ex stipulatione vel alio quopiam contractu obligatio subsistat, non satis esse, vt qui contrahit, per naturam consentire possit: Sic enim mulier etsi iuris Romani particeps sit & consentire queat, non tamen pro alio intercedens obligatur, *tot. tit. ad Senatusc. Velleian.* Verum vt aliquis contrahere ac contrahendo se obligare possit, requiritur insuper vt bonorum administrationem habeat liberam, & vt in alienanda atque obliganda bona sua consentire queat.

Quin & si quid hoc argumentum concluderet, euinceret quoq; pupillum pubertati proximum, qui & ipse consentire potest, & intelligit quid agat, *§. pen. Inst. de obligation. quæ ex delict.* sine tutore contrahere & contrahendo obligari posse, quod tamen ex omnium Dd. sententia falsum & absurdum est.

Ad *nonum* respond. Minoris quidem personam per se satis esse integram, & legitimam ad contrahendum, adeo vt ex omnium Interpretum sententia curatorem non habens ex promissione sua efficaciter obligetur: Verum postquam curatorem accepit ad contrahendum, non amplius integram & legitimam intelligitur habere personam; idcirco legitimanda est consensu curatoris.

Ad *decimum* resp. Argumentum hoc à patre ad curatorem non procedere; nec sequi pubes potest contrahere sine consensu patris; Ergo etiam sine consensu curatoris contrahere potest: patria siquidem potestas ad hoc non est introducta, vt instar curæ vel tutelæ administrationi negociorum intercedat.

Ad *vndecimum* respond. Quod pubes sine curatoris consensu possit testamentum facere, atque in eo de vniuersis bonis suis disponere, id singulari fauore testamenti & vltimarum voluntatum esse receptum ac proinde ad consequentiam minime extendendum.

Ad *duodecimum* resp. in *d. l.* obligari ICtum non simpliciter de minore patrefam. hoc est, patria potestate liberato & sui iuris existente loqui, sed de pubere patrefam. *suæ potestatis*: His igitur verbis *suæ potestatis* significatur is, qui neque sub tutela amplius, nec sub cura est, vti hæc eadem verba capiuntur in *l. 7. §. adeo Digest. ex quib. caus. in poss. eatur. l. 1. Digest. de curat. furiosi. §. non tamen. Inst. quib. mod. test. infirm.*

Et si hæc verba *suæ potestatis*, nihil aliud significarent, quam puberem sui iuris, tunc quia nullus paterfam. est, qui

qui non est sui iuris; nec quisquam sui iuris, qui non sit paterfam. bis idem in *d. l. 43.* diceretur & manifesta tautologia committeretur, ac perinde esset, acsi ICtus dixisset, *obligari potest paterfamilias sui iuris, vel is qui sui iuris sui est iuris.*

Quæ. 14. *An mulier possit opus nouum nunciare publico nomine?* Quid vero ad *d. l. 101. de verb. oblig.* respondendum sit, alibi ostensum est.

Mulierem denique illis accensere solent, qui publico nomine nuntiare nouum opus prohibentur.

Fundamentum illorum præcipuum hoc est, quod mulieres prohibentur actiones populares, quæ suum ius populo tuentur, exercere *l. 1. ff. de popul. act. Mulieri 6. ff. d. tit.* 2. Adduntdeinceps & istam rationem quod fœminæ ab omnibus officiis ciuilibus ac virilibus remouentur *l. 2. ff. de Regul. iur.* quæ scilicet comparata sint ad Rempublicam defendendam, eiusmodi esse noui operis nuntiationem negari non potest. *L. 4. in verb.* defendentium *Digest. de oper. nou. nunc.*

Verum ab hac sententia recte dissentium facit Corasius, statuens fœminas quoque publico nomine opus nouum nunciare posse.

Quam opinionem valde iuuat ista ratio quod generaliter traditum est, omnes ciues opus nouum nunciare posse, nec vspiam mulier excipitur *l. 3. in fine Digest. hoc tit.*

22. Accedit quod cum nominatim & in specie seruus atque pupillus excipiantur atque opus nouum nuntiare prohibeantur *l. 5. pr. & §. 1.* exceptio ista regulam in persona mulieris, nominatim non excepta, confirmetur eidemque opus nouum ex causa publica nuntiare permittatur. *l. cum prætor. Digest. de iudic. l. 1. Digest. de Testibus.* Et sane si plures essent qui nuntiare prohiberentur, cur seruus duntaxat & pupillus nominatim exciperentur? Et cur illis quoque mulier non accenseretur?

3. Denique cum vtilitatis publicæ gratia sit constitutum, quod omnes de ciuitate opus nouum nuntiare possunt, *l. 4. ff. de oper. nou. nunc.* in qua dicitur, *Reipublicæ interesse quamplurimos ad defendendum suam causam admittere.* Absurdum foret legem vtilitatem publicam spectantem interpretatione nostra coarctare *l. hoc modo de condit. & demonstrat.* Cum alias & ea, quæ priuati in fauorem sunt introducta interpretatione ampliari & non restringi oporteat.

Nec est vt quenquam moueat quod fœmina populares actiones exercere publicoque nomine in iudicio contendere ac litigare prohibentur *d. l. Mulieri 6.* Hoc quippe aliam longe rationem habet; nempe quia actionem, non nisi in iudicium intendimus *§. 1. I. de act.* Cum tamen nuntiatio extra iudicium fiat *l. si prius. Digest. de oper nou. nuntiat.*

Minus mouet illud quod de publicis muneribus allatum est, id enim huc accommodari non posse plus quam est manifestum cum nuntiatio non sit officium publicum aut munus virile; Vt taceam quod pleraque ista munera quæ in *d. l. 2.* talia sint vt in iudicio Reipublicæ aut priuatorum nomine exerceri debeant.

Nec sane vspiam scriptum est quod mulier ad Rempublicam extra iudicium, & publicis & virilibus muneribus exceptis, defendendam non admittatur.

Ex hisce proinde rationibus concludendum videtur quod & mulier opus nouum Reipublicæ nomine nuntiare possit.

Et hactenus de illis, qui publica ex causa nouum opus nuntiare possunt vel non possunt.

Ex priuata causa nuntiare possunt ad quem ea res pertinet, hoc est, cuius interest. Ita ICtus *in l. 1. §. iuris nostri. ff. de*

oper. nou. nunt. siue ratione dominii directiue vtilis, siue ratione seruitutis *l. vnic. §. 3. D gest. de Remissionibus*, siue etiam ratione alterius alicuius iuris in re constituti *l. creditori. hoc tit.* pertinere quippe verbum latissime patet *l. verbum illud. ff. de verbor. significat.*

Hinc vasallus ratione rei feudalis, Emphyteuta ratione prædii emphyteutici creditor pignoratitius ratione rei sibi pigneratæ *l. 9. Digest. de oper. nou. nunt.* nouum opus nuntiare posse dicendum est: Nam horum omnium interest nouum opus quod fit, quodque nociturum prædio feudali, emphyteutico, vel oppignerato, non perfici, sed primo quoque tempore demoliri.

De vasallo & Emphyteuta, dubitari sane potest? Cum generaliter definiat Vlpianus in *l. vnic. §. 3. Digest. de Remissionibus.*

Eum nouum opus nuntiare posse, qui aut dominium aut seruitutem in re habeat: Vasallus autem dominium non habeat rei feudalis, vt nec emphyteuta rei emphyteuticæ cum harum rerum dominium apud concedentem, & feudum siue emphyteusin constituentem, maneat; Nec regulariter seruitutes prædictis in rebus habeant. Vt ita in illis regula superior deficere videatur.

Cæterum sunt qui existiment, ius operis noui nuntianti ipsis hæc ex causa defendi posse quia vtile habeant dominium; Hoc autem ad operis noui nuntiationem sufficiat cum in genere dominium desideretur, nec in specie directum dominium requiratur.

Vt ita cardo huius controuersiæ in eo consistere videatur, habeant ne dominium vtile an minus: Hoc vero cum non sit satis expeditum sed maxime controuersum, sitne dominium aliud vtile, aliud directum; idcirco à proposito nostro alienum non erit inquirere, rectene ita dominium constituatur duplex, sicut aliud directum sit & aliud vtile?

Et quidem hæc diuisio dominii in vtile ac directum in vsu ac foro receptissima, verum ex legibus ciuilibus vix ac ne vix quidem defendi poterit.

Est enim dominium vtile tribuunt vulgo emphyteutæ, vasallo & vsufructuario: At hos dominium non habere plusquam certum est: De emphyteuta siquidem hoc expresse asserit Paulus in *l. 1. Digest. si ager vectig. pet.* vbi in hæc verba scribit: *Qui in perpetuum fundum fruendum conduxerunt, quamuis non efficiantur Domini: Tamen placuit ipsis competere in rem actionem aduersus quemuis possessorem, &c.*

2. Atque emphyteutam non esse dominum etiam ex hoc relucet, quod domino rei emphyteuticæ sæpius in iure opponatur, vt in *l. 1. 2. & 3. Cod. de iure emphyteutico.* Cui consequens est ipsum rei emphyteuticæ dominum non esse.

Respondent equidem dissentientes ad hæc fundamenta: 1. In *l. 1. Digest. si ager vectig. pet.* emphyteutam non absolute negari dominum esse rei, sed dominum solum directum: Vnde etiam in adductis locis eundem non cuiuis opponi domino, sed domino duntaxat directo.

Quare ex nostris fundamentis id solum euinci, quod emphyteuta non sit dominus directus, non etiam quod plane non sit dominus. Veruntamen petunt primo principium hoc ipso, quod præter dominium directum aliud aliquod statuunt non directum: cum hoc ipsum nunc in controuersia sit. Deinde in *d. l. 1. si ager vectig.* absolute & generaliter negatur emphyteuta esse dominus.

Ait enim Paulus: *Licet non efficiantur domini:* Non vero dicit *Licet non efficiantur*

tur domini directi. Quod autem de genere dicitur, id de singulis eius generis speciebus dictum intelligitur, & à quo remouetur genus, ab eodem remouentur omnes & singulæ species eidem generi subiectæ. Sic etiam in *d. l. 12. & 3. C. de iure emphyteutico.* generaliter opponitur domino, non vero, vt illi somniant, domino directo.

3. Infringit præterea diuisionem istam dominii non parum, quod in toto iure nostro nusquam mentio fiat vtilis & directi dominii, nec etiam vllibi dominium rei tribuatur illis, quos dissentientes vtile habere dominium contendunt, id quod ex sequentibus euadet manifestius, cũ ad dissentientium fundamenta responderimus. At vero erubescendum est sine legibus loqui.

4. Insuper, quod vasallus, cui vt dictum, vtile tribuitur dominium, non sit vtilis dominus, exinde relucet, quod non solum infinitis in locis domino fundi feudalis expresse opponatur; sed etiam eidem vsusfructus duntaxat rei feudalis tribuatur, sic vt ad eum transeat ius vtendi fruendi, proprietas vero penes concedentem maneat *tit. 23. lib. 2. feud.* Atqui vsufructuarius licet iuris siue vsusfructus sui sit dominus, rei tamen siue proprietatis non est dominus, vt quæ penes proprietarium maneat integra.

Huic vero sententiæ qui pro contraria pugnant, obiiciunt *l. 12. Cod. fund. patrim.* In qua Theodos. & Valentin. Impp. emphyteutam videntur dominum fundi ipsius emphyteutici constituere: *Licentia*, inquiunt, *eis (emphyteutis) concedenda, etiam libertates mancipiis ex fundis patrimonialibus, atque emphyteuticarius, cum fundorum sint domini, præstare.*

Respon. Sed si penitus *l. 12.* inspiciatur, deprehendetur manifeste, eam pro contraria opinione nil penitus facere: Cum non de quouis loquatur emphyteuta, sed de emphyteuta duntaxat patrimoniali, hoc est, eo, qui fundum ad patrimonium ipsius principis pertinentem, beneficio principis in emphyteusin accepit. In quo id plane speciale est, quod fundi efficiatur dominus, cuius etiam specialitatis rationem exprimunt Valens & Gratianus in *l. 4. C. eod. tit.* Quod nempe Imperatores non tam commodent sua, quam ea tradant iure dominii. Atque hoc quoque respondendum ad *l. 1. l. 2. & l. 11. C. de omni agro deserto.*

2. Opponunt dissentientes, quod actio in rem alia sit directa & alia vtilis, item quod actio in rem competat emphyteutæ, *d. l. 1. Si ager vectig.* ac proinde sit dominus, si non directus, vtilis tamen.

Resp. Verum respondetur consequentiam negando, tum quod vtilis actio in rem non statim dominium præsupponat: Cum & bonæ fidei possessori actio in rem publiciana competat, creditori de re hypothecata detur actio in rẽ Seruiana & quasi Seruiana, cum tamen nec hic, nec ille dominus sit. Quod enim dicitur actionem in rem præsupponere & arguere dominium, id de actione in rem ciuili & directam accipiendum *l. 23. princ. Digest. de R. vind. §. 1. Inst. de action.* Tum etiam quod ICtus Paulus ipse consequentiam huius argumenti negat: statuit quippe ac ponit, emphyteutam non esse dominum, & tamen, hoc non obstante, ait ei in rem actionem competere in *d. l. 1. §. si ager vect. pet.*

3. Adducunt quoque pro contraria opinione, quod posito effectu præsupponatur causa: In emphyteuta vero omnes dominii effectus locum habeant: cum is possit fundũ emphyteuticũ alienare, vindicare, eo vti frui atque de illo pro lubi-

lubitu ac arbitrio suo disponere, *§. 3. Inst. de locat. conduct. L. 1. & 2. C. de iure emphyteutico.* Quare ipsum dominum esse rei emphyteuticæ necessario statuendum videatur.

Resp. Competere quidem emphyteutæ singulos prope atque vniuersos dominii effectus, vnde etiam ius, quod habet, admodum simile est dominio, verumtamen non absolute nec simpliciter ei tribuantur, vti domino, sed sub conditione; si scilicet domino canonem seu annuam pensionem soluerit, *d. §. 3. Inst. de locat.* Nec habet ius alienandi fundum emphyteuticum, sicut dominus, quoniam cessante illo in solutione Canonis, res emphyteutica, ab eo alienata, potest rursus auferri ei, in quem illam alienauit.

Præterea si argumentum propositum validum est atque concludit, tum euincit, quod emphyteuta sit dominus directus, quia vniuersos habet dominii directi effectus. At hoc absurdum, sequitur itaq; argumentũ istud nostram opinionem non infringere.

Postremo adducitur *tit. 8. §. rei lib. 2. Feud.* vbi Vasallo vtile tribuitur dominium: Sic enim illic Feudista rei autem per beneficium recte inuestitæ, vasallus hanc habet potestatem, vt tanquam dominus possit à quolibet possidente, sibi quasi vindicare.

Resp. Cæterum ex isto textu nequaquam euinci potest, quod vasallus vtile habet dominium, vel quod vtilis sit dominus; Sed ei duntaxat ad exemplum domini datur rei vindicatio, particula enim quasi comparationis saltem & similitudinis est nota.

Cæterum etsi emphyteuta & Vasallus nõ sint domini ac nec vtiles quidem prout ex hactenus adductis relucet; habent tamen ius in re sibi constitutum dominio simillimum, quod quoad effectus iuris dominio fere comparatur & æquiparatur *arg. §. 3. I. de locat. & conduct. L. 1. Digest. si ager vectigal. pet. cap. vnic. de inuestitur. de re alien. fact. lib. 2. feud. tit. 8. in verb. vt tanquam dominus possit à quolibet possidente quasi vindicare.*

Sane si in re feudali vel emphyteutica seruitus constituta fuerit quin ratione seruitutis illius possit opus nouum vindicare, si quod à vicino fiat, quod vsui istius seruitutis sit nociturum, extra controuersiam positum est. *d. l. vnic. §. 5.*

De creditore pignoratitio vtrum possit nouum opus nuntiare maior est dubitandi ratio cum constat eum rei sibi oppignoratæ dominum non esse, nec etiam seruitutem eadem in re vllam habere; Verum Gaius nihilominus contrarium respondit; *Creditori cui pignoris nomine prædium tenetur, permittendum est de iure, hoc est, de seruitute, opus nouum nuntiare. Nam ei vindicatio seruitutis datur. L. 9. ff. de oper. nou. nunt.* Itemque confirmauit Vlpianus *in d. l. vnic. §. fin.* hisce verbis: *Et quoque qui pignori fundum acceperit, scribit Iulianus non esse iniquum detentionem seruitutis dari.* Vbi pro *detentionem* recte legit Cuiacius *petitionem* secundum *d. l. 9.* Vnde apparet sic demum creditori competere ius nouũ opus nunciandi, quando seruitus rei pignoratæ est imposita, cui nouum opus fuisset nociturum. Quæst. 15. An socius socio nuntiet opus nouum?

Socius anne socio, in re communi ædificandi, opus nouum nuntiare possit quæritur? Videbatur hoc omnino affirmandum. Nam quotiens vel in nostro ædificatur, vel in vicino, sic, vt noceat nostro, totiens nouum opus nos nuntiare posse placet. *L. 1. & tot. tit. Digest. de oper. nou. nuntiat.*

Iam vero quod in re communi fit & ædificatur, illud in re nostra fieri intelligitur, quia quod commune est, meum est *l. serui electione. Digest. de legat.*

Huic

Huic igitur accommodandum videtur, quod Vlpianus ait *in d.l. vnic. §.3. ff. de remissionib.* Ius habet opus nouum nunciandi, qui aut dominium, aut seruitutem habet.

Cæterum hac dubitandi ratione non attenta placuit contraria opinio: socium videlicet non posse opus nouum nunciare socio in re communi ædificanti. Hoc quippe *in d. §. in prouinciali. 3.* hisce verbis expresse cōfirmatur: *Si vnus nostrū in communi loco faciat, non possum ego socius nouum opus ei nunciare, sed eum prohibebo communi diuidundo iudicio.*

Et ratio etiam minime obscura est: Nam certum est quod in re sua ædificare nemo prohibeatur, nisi in vicinum aliquid immittat aut ei nociturus sit *l. sicut. §. Aristo. ff. si seruit. vindic.* Iam vero res ædificanti cum alio communis est ædificantis ipsius *d. l. serui elect. ff. de legat. 1.* Non igitur potest prohiberi per operis noui nunciationem ædificare.

Deinde nunciatio noui operis in rem aduersarij fieri debet *l. de pupillo. 5. §. 1. ff. de oper. nou. nunciat.* Atqui res socij, in re communi, in qua ædificat, non potest demonstrari diuisione nondum facta, *l. sed & loci. §. si communem. ff. fin. regund. l. Maeuius. §. duobus. ff. de legat. 2.*

Nouum igitur opus nunciare nō potest socius socio, in re communi ædificanti. Sed nec destruere potest ædificium propria authoritate; Cum enim socius in suo quoq; ædificet *d. l. serui. §. 1.* nec minus iuste quam alter socius possideat, vis ei non est facienda. *l. 1. §. Est igitur. ff. vti possidet.*

Veruntamen quia socius in re communi, altero socio inuito nil quicquam facere potest, *l. in re communi ff. de seruit. vrban.* ideo si quid à socio fiat temere, æquum est socio esse ius prohibendi *l. Sabinus. ff. comm. diuidund. l. sed si inter. ff. de seruitut vrban.* Quocirca, teste ICto *in d. l. 3. §. 1.* proditum est iudicium communi diuidundo quo socius consequitur ne opus fiat *d. l. in re communi. ff. de seruitut. vrban.* Et, si eam actionis viam non satis expeditam putat per prætorem poterit inhibere *d. l. 3. §. 1.* hoc est implorato iudicis officio, socio ab iniuria rei cōmunis arcere *d. l. 5. §. meminisse. ff. hoc tit.* Cui prætoriæ prohibitioni nisi pareat ædificans, opus, nūciationis emplo suis sumptibus demoliri tenebitur *d. l. Sabinus. ff. comm. diuid.*

Non igitur quicquam obstat ratio dubitandi supra adducta; Nam validissime in contrariam sententiam detorquetur; Et insuper Duarenus respondet, quando dicitur noui operis nunciationem locum habere in fundo, qui noster est aut in quo seruitutis ius habemus *d. l. vnic. §. 3. ff. de remissionib.* id ita intelligendum esse, nisi socius sit, qui in communi ædificet, quia is fundus non magis meus est, quam illius: Nam vterque nostrum partem habet indiscretam, nec vlla est gleba, quam vterq; nostrum suam esse non possit dicere.

De eo quæritur si socius super communi pariete ædificet, alter socius propria authoritate destruere id queat? Affirmandum hoc videbatur, quia quisq; dominus ædificium in suo extructū propria authoritate destruere potest. *l. quemadmodum. §. 1. ff. ad l. aquil.* Iam vero res cōmunis singulorum est sociorum. *l. serui. §. 1. ff. de legat. 1.* vbi dicitur quod commune est, meum est. Socius itaq; in re communi à socio extructum propria authoritate demolire non prohibetur.

Quæst. 16. *An ædificiū super pariete communi ab vno sociorum extructum sit demoliēdum?*

Veruntamen contraria sententia est verior; Et sic omnino statuendum censeo, id, quod in re communi est ædificatum inuito, vel inscio socio, destrui non posse, sed fieri commune.

Ratio huius duplex adduci potest. Primo enim socius, in re communi ædificans, in suo quoque ædificare intelligitur *arg. d. l. serui. §. 1. de legat. 1.* nec minus

EE iuste,

iuste, quam alter socius possidet; Vis igitur ei demolitione operis inferri non debet. *l.1.§. Est igitur §.1.ff. vti posid.*

2. Accedit deinceps, quod ædificium cedat solo, ita vt eius iuris intelligatur esse ædificium, cuius est solum. §. *Cum in suo. Instit. de rerum diuis.* Cum igitur in proposito solum sit commune; consequens est etiam ædificium commune fieri.

Et hoc quidem indubitate procedit, quando socius bona fide in re communi ædificauit: Quid vero dicendum si sciens rem esse communem ædificauit nihilominus suis impensis? Videbatur amittere impensas simul & ædificium *arg. d.§. cum in suo.* Sed veritas est in contrarium, quia ratio quæ facit vt in rem alienam sciens ædificans perdat impensas, quod nempe ædificator eas donare voluerit, ea in socio ædificante in rem communem penitus deficit: Nec enim de ipso præsumi potest quod impensas, in rem communem factas voluerit donare *arg.§.3. Inst. de obligat quæ quasi ex contract. nascunt.* quemadmodum hæc præsumptio cadit in eum, qui in rem plane alienam suis impensis sciens malaq; fide quippiam ædificauit.

Subiungit quæstionem Treutlerus noster priori affinem vtrumne ædificium super pariete prorsus alieno extructum & eo casu sit demoliendum, quo nihil quicquam detrimenti aut incommodi adfert vicino?

Pro affirmatiua militat textus *in d. l. quemadmodum. §.1. ff. de l. Aquil.* Nam vbi generaliter & indistincte dicitur quem libet dominum id, quod ab alio est in suo extructum propria authoritate destruere posse.

Pro contraria negatiua sententia facit vtilitas publica, quæ suadet ædificia non destrui, cum demolitione & ruinis ædificiorum deformetur aspectus ciuitatis per textum.

Sed quicquid etiam dicatur, verior est prior sententia; Quam non solum confirmat *d.l. quemadmodum. §.1. ff. ad l. Aquil.* sed eandem quoq; corroborant *l.22.§.2. ff. quod vi aut clam. l.1. & 2. Cod. vt nemini liceat.*

Et pro eadem stabilienda ratio quoq; euidens pugnat: principium siquidem iuris Romani est id quod in fundo, siue solo nostro ædificatur, nobis acquiri §. *Ex diuerso. Instit. de rer. diuis.* sicut proinde cuiuis licitum est, ædificium in suo solo, extructum ab alio, destruere, si plus ipsi detrimenti, quam incommodi adferat. Ita quoq; permissum est id quod ab alio ex eius materia est in meo solo extructum, demolire. Nec quisquam de vlla potest conqueri iniuria, cum quilibet sit rei suæ moderator & arbiter *l. in re mandata. C. mandat.* etiam abutendo *l. si in area. ff. de condit. & demonstrat. l. 25. §. Consuluit. ff. de petit. hered.*

Quæritur porro, anne is, qui seruitutes habet, opus nouum renunciare possit? Affirmat Author noster indistincte, siue seruitutes vrbanæ sint, siue rusticæ, fundat autem hanc suam assertionem in *l.1. ff. de remissionibus.* in qua hæc verba Vlpiani leguntur: *Ius habet opus nouum nunciandi, qui aut dominium aut seruitutem habet.*

Quæst. 17. *An qui realem seruitutē habet possit opus nouum nūnciare?*

Cui congruit *l.5.§.9. ff. de oper. nou. nunciat.* in qua itidem Vlpianus scribit, *Eum, qui ius suum diminuit, alterius auxit, hoc est, qui seruitutem ædibus suis imposuit, ei opus nouum nunciare posse.*

Cui assentitur Africanus *in l.15 ff. de oper. nou. nunciat.* ita scribens: *Idemq; è contrario, si cum quis agere vellet, ius sibi esse, inuito aduersario, altius tollere, eo non defendente similiter inquit, officio iudicis continebitur, vt cauere aduersarium iubeat; nec opus nouum se nunciaturum, nec ædificanti vim facturum.*

Et in *l.6.§. fin. ff. si seruitut. vindic.* aperte Vlpianus, *Eum; qui seruitutē habet, aut vindicat*

dicare seruitutem posse, si in exercitio eius impediatur, aut opus nouum nunciare posse ait.

Verum his repugnat *l.14.ff. de oper. nou. nunc.* Nam ibi Vlpianus cæteris ICtis aperte contradicere videtur, dum ait: *Qui viam habet, si opus nouum nunciauit aduersus eum, qui in via ædificat, nihil agit, seruitutem vindicare prohibetur.* Quibus verbis aperte testatur Iulianus, pro via non competere operis noui nunciationem, sed solum vindicationem.

Pleriq; quo hosce textus concilient, distinguunt inter seruitutes vrbanas & rusticas; ita, vt is nouum opus nunciare possit, cui debetur seruitus à prædio vrbano, non item cui debetur à rustico; Et ideo supra adductas leges operis noui nunciationē pro seruitutibus admittentes, interpretantur de seruitutibus vrbanis: Legem vero *14.* de seruitute rustica, de qua etiam aperte loqnitur.

Huius vero distinctionis rationē nullam adducit Pacius: Duarenus vero hāc reddit, quod ædificatio in via minus incommodi afferre soleat, quam opus, cōtra seruitutem vrbanam factum; Quia hæc opera semper nocent, ædificatio in via, iter nō vsquequaq; impedit, cum per alium locum iter fieri possit, *argum.l.2.§. penult ff.de relig.l.vlt.de riuis.*

Sed hęc ratio, vt & superior distinctio, non iniuria reiicitur.

1. Tum quia ratio hęc, si alicuius momenti est, discrimen solum constituit inter seruitutes vrbanas & viam, tum etiā quia nec in via perpetua est, quandoquidem locus aliquando ita angustus reperitur, vt per aliam partem ire non possit, quo sane casu ædificatio nō minus viam impediet, quam seruitutes vrbanas, tum quia *in d.l.vnic.de remissionib.& l.5.§.9. de oper.nou. nunc.* nihil quicquā distinguitur inter seruitutes, sed indistinctè asseritur, quod qui seruitutem habet, nouum opus nūciare queat: tum quia nulla ratio idonea ab Interpp. adduci potest, qua ista hæc fulciatur distinctio: tum quia in rusticis quoque seruitutibus eam locum sibi vindicare probat *l.8.in princ.ff.de oper. nou.nunc.& l.47.ff famil.hercisc.*

Alij itaq; circa propositam quæstionem distinguunt, inter seruitutes quæ in non faciendo, & quæ in patiendo consistunt.

Rationem diuersitatis hanc assignāt, quod in iis seruitutibus, in quibus ædificatio ipso iure prohibetur locus sit nunciationi: in iis vero, quæ ad ædificationem prohibendam opus habent iudicis officio, locum nunciatio non habeat.

Etenim si mihi seruitutem debeas altius nō tollendi, prospectui luminibusq; meis non officiendi, in hoc mihi obligatus es vt non ædifices, vt altius parietem tuum non extolles. Proinde si ædificaueris liberum erit mihi meo iure opus tibi nunciare, etiam sine prætoris aditione, quia ad illud mihi, iure seruitutis, es obligatus, vt non ædifices. Aliud autem est, si per fundum tuum habeam viæ, itineris aut actus seruitutem. Tum enim idcirco tibi in via ædificandi non possumus opus nunciare nouum, quia eo ipso, quod mihi debetur, seruitutis iure tibi ius ædificandi non adimitur: Et propterea sine auxilio iudicis nequeo impedire, quo minus ædifices. Vindicanda igitur erit viæ, itineris aut actus seruitus, qua vindicatione non prohibebitur statim opus nouum, sed iter per fundum præstari desiderabitur. Tum si illud forte deberi negauerit aduersarius, suam probabit actor intentionem; eaque posita & probata ædificatio ad iter præstandum pronunciatione iudicis inhibebitur, *l.9. ff. si seruit.vindic.* Rævard. *lib.2.variar.c.2.*

Verum & huic distinctioni restagatur generalitas adductorum textuum, in quibus eiusmodi distinctio nullo penitus verbulo significatur, quam tamen,

cum admodum notabilis sit, verisimile non est, ICtos tanto silentio prætereituros fuisse.

Deinde & hæc ratio accedit, quod in nulla lege de seruitutibus rusticorum prædiorum in genere negetur, quod de illis competat noui operis nunciatio, sed hoc solum de seruitute viæ *in d.l.14. de oper. nou. nunciat.* negatum reperiatur: Vt proinde admodum verisimile sit, in seruitute viæ hoc speciale esse: Et ita etiam Iohannes Corasius *lib.5. Miscell. cap. vlt. ad d.l.14.* respondet, quod certi & indubitati iuris sit, quod ei, qui debet seruitutem, licet etiam in loco seruiente ædificare, modo ædificium illud seruitutis vsum non impediat *l. seruitutes. §. fin. ff. de seruit. præd. vrban.*

Quare si seruitus viæ debeatur, & ea quis aliquandiu per certam partem fundi sit vsus, quam ego ædificiis nouis ornare & instruere cupio, ex terrena fortassis lapideam faciendo, nō poterit mihi nunciari nouum opus, quia vsus seruitutis non redditur deterior.

Quæst. 18. *An vsufructuari⁹ possit nouum opus nunciare?* Quæritur porro, anne vsufructuarius possit nouū opus nunciare? Affirmantium sententia prima fronte amplectenda videtur: In genere siquidem ICtus Vlpianus *in l. vnic. ff. de remissionib.* scribit; Eum opus nouum nunciare posse, qui aut dominium, aut seruitutem habet. Vsumfructum vero esse seruitutem expeditum & indubitatum est; Vsusfructuarius proinde opus nouum nunciare potest ei, qui in detrimentum rei fructuariæ ædificat.

2. Accedit huic etiam textus expressus *in l. vnic. §. 4. C de remiss* vbi isthæc verba habentur: *Item Iuliano placet, fructuario vindicandarum seruitutum ius esse, secundum quod opus nouum nunciare poterit vicino, & remissio vtilis erit.*

3. Qui dominium habet rei, is potest opus nouum nunciare *l.1. §.16. ff. de oper. nou. nunc. d. l. vnic. §.3.* Vsufructuarius vero est dominus rei fructuariæ; siquidem vsusfructus dicitur pars esse dominij *l. vsufructu. ff. de vsufructu.*

Cæterum quod suo nomine vsufructuarius nō possit opus nouum nunciare, probatur *l.1. §. vltim. ff. de oper. nou. nunc.* in qua Vlpianus ait, vsufructuarius opus nouum suo nomine nouum opus nunciare non potest. Et ita quoq; statuunt Donell. *10. comm. 11.* Iohan. Del Castill. *in tract. de vsufr. c.7. nu.20.* Cuiac. *16. obser. lib. 1.* Gouean. *lib. 1.2. var. lect. 27.* Iul. Pacius *centur. 7. q. 19.*

Ad *d. l. vnic. §. 4. ff. de remissionib.* respondetur à Goueano, Pacio & Cuiacio illic Iuliani sententiam referri duntaxat, non etiam probari ab Vlpiano.

Verum hæc responsio merito improbatur à Roberto *2. recept. lect. 12.* 1. Quia diuinatoria est hæc responsio, non certo alicui fundamento subnixa. 2. Quia frustra referretur ab Vlpiano, si nec probaretur, nec reprobaretur. 3 Quia Iustinianus omnia, quæ pandectis sunt inserta, sua fecit & ex sua persona intelligi voluit. *L.2. §. Tanta. 10. C. de vet. iur. enucl.* 4. Quia omne quod in Pandectarum libris positum est obseruari iubet Iustinianus *in d. l. 2. §. Hac igitur. 19. versic. Nemoque vestrum.* 5. Et quod deniq; Vlpianus sententiam Iuliani approbet, patescit exinde quod non relatiue, sed assertiue subiicit: secundum quod seruitutum vindicandarum ius habebit fructuarius. Quibus verbis, ex eo, quod prius dictum erat, vsufructuarium seruitutes vindicare posse infertur decisiue, quod seruitutum vindicandarum ius habeat: Atqui male hoc fieret & inepte si prius referretur duntaxat ab Vlpiano, non probaretur, nec tanquam verum præsupponeretur. Cum ex falso verum inferri & concludi nequeat.

Ex hisce igitur fundamentis, reiecta violenta ista interpretatione, rectius hoc modo ad *d. l. vnic. §. 4.* responderi vsufru-

ctuarium suo quidem ac proprio nomine non posse opus nouum nuntiare; procuratorio tamen nomine id eum facere posse, eo quod videatur esse procurator proprietarij in rem tamen suam *l. 2. ff. vsufr. quem. caueat.*

Et hæc conciliatio sumitur ex ipso textu *d. l. 1. §. fin.* cuius verba ita sonant: *Vsufructuarius nouum opus nuntiare suo nomine non potest, sed procuratorio nomine potest, aut vindicare vsumfructum ab eo*, qui opus nouum nuntiat.

Non obstat quod dicitur in genere nuntiare opus nouum posse qui in re seruitutem constitutam habeat. Nam hoc de seruitutibus prædialibus necessario intelligendum est: Tum quia nomen seruitutis in dubio refertur ad seruitutes tantum prædiales *tot. tit. ff. de seruitutib.* Tum quia de vsufructu aliud diserte constitutum est in *d. l. 1. §. fin. ff. de oper. nunt.* Et alias regulare est quod generi per speciem derogetur, *l. in toto iure. ff. de reg. iur.* Tum denique quia diuersa est ratio vsusfructus & seruitutum realium. Vsufructuarius enim licet habeat ius aliquod in re fructuaria, istud tamen ius, quia non est perpetuum, sed morte vsufructuarij periturum, paulo debilius est, quam vt facultatem nouum opus nuntiandi deferre possit. Procuratorio tamen nomine vsufructuario ius nuntiandi competit quia tacitum habet mandatum à domino proprietatis eo ipso quod cura & custodia rei fructuariæ ipsi commissa est *l. 1. § fin. & l. sequent. ff. vsufr. quemadm. caueat.*

Ad postremum argumentum respondetur vsufructuarium reuera nullam partem habere dominij rei vel proprietatis ipsius, vnde etiam dicitur, eum, qui vsumfructum habet, ex proprietate & dominio nihil minuere *l. recte dicimus ff. de verbor. signif.* Quomodo vero *d. l. vsufructu. ff. de vsufructu intelligi debeat*, exposui supra *volum. 1. disput. 16. thes. 1. q. 3.*

Cuinam nouum opus sit nuntiandum ex prædictis fortasse patescit: Fieri nempe debet vel domino ipsi, vel alijs, qui hoc domino renuntient, seruis videlicet aut operarijs: singulæ tamen ædificationes peculiares desiderant nuntiationes si videlicet sint diuersis in locis. *l. 5. §. si in pluribus. ff. hoc tit.*

Quænam porro forma sit operis noui nuntiationis quæritur? Et Franc. Duarenus *tract. de oper. nou. nunc. c. 4.* sequentia sex ad formam nuntiationis noui operis requirit. 1. Vt in opere ipso, seu præsenti fiat nuntiatio *l. 5. §. nuntiationem. ff. de oper. nou. nunc.* 2. Vt locus demonstretur, in quo ædificatur *dict. l. 5. §. qui nuntiat.* 3. Vt qui nuntiat diligenter exploret, quid factum sit, *l. non solum. §. 1. ff. de oper. nou. nunc.* vbi Vlpianus dicit, qui nuntiat opus nouum, si quid operis iam factum erit, in testationem referre debet vt appareat quid postea factum sit. 4. Vt nuntiatio fiat in rem, non in personam *l. operis. ff. hoc tit.* 5. Vt quidem non opus sit adire prætorem, sed tamen nuntiatio simplici verbo aut lapilli iactu fieri debeat. 6. Vt iusiurandum calumniæ præstet is, qui opus nouum nuntiat *l. 5. §. qui opus. ff. hoc titul.* Quæst. 19. *Quænam sit forma operis noui nuntiationis?*

Etsi autem omnes fere iuris Interpp. operis noui nuntiationis tres constituant species 1. Primam quæ fit per prætorem & prætoria vulgo appellatur *l. 1. §. 2. 6. & sequent. ff. hoc tit.* 2. Secundam quæ fit per iactum lapilli. 3. Tertiam, quæ fit simplici verbo. Quæst. 20. *Quot sint species operis noui nuntiationis?*

Tamen Iohannes Corasius in contrariam discedit sententiam, ac serio contendit operis noui nuntiationis vnicam duntaxat esse speciem, eam videlicet quæ simplici verbo: per prætorem enim, vt & per iactum lapilli prohibitionem quidem fieri operis noui, sed non etiam nuntiationem operis noui.

Et hanc suam sententiam hisce se-

quentibus argumentis obtinere conatur.

1. In *l.5.§.meminisse.ff.de oper.nou.nunt.* Iurisconsultus Vlpianus ita scribit: Meminisse autem oportebit, quotiens quis in nostro ædificare vel in nostrum immittere vel proijcere vult: Melius esse eum per prætorem, vel per manum id est, lapilli iactum, prohibere, quam per operis noui nuntiationem. Ecce hic prohibitio quæ fit per prætorem, aut iactum lapilli opponitur operis noui nuntiationi, & ab ea expresse distinguitur: Hoc autem non fieret, si prohibitio prætoris & iactus lapilli essent nuntiationis species.

2. Confirmat deinceps idipsum quoque ratio admodum euidens ac perspicua: Facta enim nuntiatione, aduersarius, cui nuntiatum est, possessor efficitur *l.1.§.in operis.ff.hoc tit.* Atqui prohibitione prætoria vel iactu lapilli possessio non transfertur *d.§.meminisse.*

3. Insuper nuntiatio noui operis fieri potest omnibus diebus etiam festis, neq; vllam prætoris vel præsentiam vel auctoritatem desiderat *dict. l.1. §. nuntiatio. Digest. de oper. nou. nuntiat.* Cum tamen prohibitio per prætorem diebus illis solennibus, quibus silet omnis strepitus iudiciorũ, exerceri non possit *l.1.2. l.fin.C.de ferijs.* Quinimo diebus istis nec ipse prætor adiri potest *l.3.§.fin.ff.si quis in ius vocat.* præterquam expressis à lege casibus *l. miles.§. sexaginta.ff. ad l. Iul. de adult.l.1.l.publicas.l.actus.l.prouinciarum.C. de ferijs.*

4. Adde quod nuntiatio ex hoc edicto necessaria fuerit *d.§.meminisse.* aduersus eos scilicet, qui cum in suo ædificantes nobis nocerent, non poterant operis processu alia ratione prohiberi *l. in prouinciali.princ.ff.de oper.nou.nunt.* Vbi vero quis in nostro ædificat, vel in nostrum immittit, alia est caussa *l.quemadmodum.§.1.ff.ad l. Aquil.* Et tum arcetur ædificans vel prætoris imperio, vel lapilli iactu, cessatque ex hoc edicto nuntiatio *dict.§. meminisse.*

Veruntamen huic sententiæ valde obstant illæ leges in quibus prohibitio per prætorem, vel per lapillum facta dicitur nuntiatio *l.si opus nouum.ff.hoc tit.* vbi Iurisconsultus Vlpianus, si opus, inquit, nouum prætor iusserit nuntiari, deinde prohibuit ex priori nuntiatione agi non potest quasi aduersus edictum eius factum sit.

Sed respondet Corasius in operis noui nuntiatione additionẽ prætoris quandoq; esse necessariam, vt cum per se quis nuntiare commode non potest, quia ei non est ob aduersarij potentiam tutus accessus ad ædificium *l.5.§.si quis ipsi.ff. de oper.nou.nunt.* Aut neminem in opere reperit, cui nuntiet *l.dies.§. totiens.ff. de damno infect.* Atq; de huiusmodi nuntiatione interpretatur prædictas leges Corasius.

Cæterum qui communem operis noui nuntiationis distributionem defendere voluerint, respondere poterunt ad Corasij argumenta, ea omnia de operis noui nuntiatione, quæ simplici verbo fieri solet, intelligenda esse: Hæc quippe nuntiatio sic in specie appellari solet, quemadmodum verbum adoptionis ad speciem adoptionis restringitur; quam responsionem maxime iuuat quod is qui lapillum iactat maxime nouum opus nuntiare intelligatur; Nuntiare quippe nouum opus ille intelligitur qui admonet aliquẽ noui operis vt ab eo desistat; vel qui prohibet aliquem ne ædificet nouumque opus ædificando faciat. *l.1.pr. l.5.versic.quod si socius.l.8.§.2.ff. de hoc tit.* & ita ipse Corasius *tract. de nou. oper. nunt.c.1. n.1.* Atqui iactu lapilli noui operis, quo ab eo desistat, admoneri ædificantem certum est; Cur igitur nuntiatio non diceretur? Idem quoque statuendum est de prætoria nuntiatione: prætor quippe pro-

prohibendo ne opus cœptum continuet, admonet vtique ædificantem operis noui, sed iubet ipsum ab opere interim desistere.

Illud certe negari non potest quin magna sit nuntiationis quæ fit simplici verbo & illius quæ fit prætoria prohibitione, differentia: Primo enim qui opus nouum nuntiat possessionem amittit & aduersarium suum possessorem constituit *l.1.§.in operis.ff.de nou.operis nunciat.* At qui alijs remedijs vtitur, iactu videlicet lapilli, vel prohibitione prætoria retinet possessionem: Vnde bene Duarenus monet longe satius esse hisce vti remedijs, quam nuntiatione simplice, nec hac prius vtendum esse quam necessitas postulet. nec alia suppetunt remedia, id quod tunc accidit, quando quis in nuntiantis ipsius solo, sed in proprio ædificat.

Nec obstat quod idcirco videatur melius esse nuntiare simplici verbo opus nouum, quam id iactu lapilli aut per prætorem facere, quia qui priori casu nuntians consequitur interdictum; Hisce vero duobus posterioribus non item:

Etenim vt hoc verum sit illique denegetur interdictum qui nuntiat aut per prætorem, aut per iactum lapilli, alia tamen habet interdicta & remedia, non minus vtilia. Primo interdictum quod vi, secundo interdictum vti possidetis, si forte non tantum dominus, sed etiam possessor fuerit.

Deinde differunt prædictæ nuntiationis species & eo, quod operis noui nuntiatio tunc demum simplici verbo fieri potest, quando quis in suo ædificat, non vero quando ædificat in alieno, hoc est, nuntiantis fundo. Lapillo autem aut per prætorem tunc demum quando nuntiatus non in suo, sed in alieno ædificat, solo videlicet nuntiantis Duarenus ad *l.5.§ meminisse.* Vdalricus Zasius *2. singul.intellect.c.15.* Iohannes Corasius *tract. de oper.nou.nunt.c.2.*

Tertio inter vtramque nuntiationem hoc etiam interest, quod in illa, quæ per prætorem fit, ipse prætor inhibet, ne fiat; In illa quæ fit simplici verbo, is, cuius interest ipse suo nomine prohibet atque denuntiat.

Quarto quod differant duæ istæ denuntiationes probat *d.l.5.§. meminisse. ff. de oper. nou. nunt.* Primo enim illic nominatim dicitur, quando in nostro ædificatur, melius esse per prætorem vel per manum prohibere, quam per noui operis nuntiationem: Ex quo infallibiliter sequitur quod prohibitio quæ fit per prætorem, omnino sit diuersa ab ea, quæ fit simplici verbo.

Quinto idem comprobatur posteriore parte *eiusd. §. meminisse.* qua dicitur si post eiuscemodi prohibitionem per prætorem vel per manum factam perseueret quis in nostro ædificare, contra eum dari interdictum quod vi aut clam, & vti possidetis. Quod si ad nuntiationem verba retulisset, interdictum quoq; de opere restituendo, hoc est, destruendo, dari dixisset.

Denique confirmatur id ipsum quoque satis aperte per textum in *l. 3. princip. versic. plane.* vbi Vlpianus ait, altero dominorum ædificante in loco communi pro indiuiso, non posse alterum socium opus nuntiare, sed tantum communi diuidundo iudicio vel per prætorem prohibere: Nec admittendum quod nonnulli scribunt, per prætorē ibi prohiberi, cum officio iudicis mercenario, actioni communi diuidundo accedente & subseruiente, fit prohibitio: Tum quia in versic. proxim. sequent. in eadem facti specie dicitur, interueniente prætore, prohiberi posse consocium in communi loco ædificantem, vel per prætorem

vel

vel per arbitrum communi diuidundo: Tum quia interpretatione ista admissa, confunderentur officium iudicis & officium prætoris, quæ tamen esse diuersissima, probat *tit. Institut. de diuis. stipulat.*

Quæst. 21. *An nunciatio simplex possessionem transferat, & quænam huius sit ratio?* Duo solent communiter operis noui nuntiationis constitui effectus, quorum alter nuntiatoris fauorem respicit, vt scilicet nisi paritum sit, prohibitioni, demoliatur ædificium *l. prætor. §. 1. & §. ait prætor. ff. de nou. oper. nuntiat.* Alter vero respiciat fauorem ipsius nuntiati, vt per nuntiationem in ipsum possessio transferatur. Ita enim in *l. 1. §. in operis. ff. hoc tit. In operis autem noui nuntiatione possessorem aduersarium facimus.*

Et in *l. 5. §. meminisse. 10. ff. de oper. nou. nunc.* in verb. *caterum operis noui nuntiatione possessorem eum facimus, cui nuntianerimus.*

Verum huic non pauca aduersari videntur, quæ demonstrent possessionem per operis noui nuntiationem non transferri.

1. Etenim nuntiatio eum in finem fieri solet vt vel impendens damnum repellatur vel ius nostrum defendatur. *d. l. 1. §. nuntiatio. ff. de oper. nou. nuntiat. l. de pupillo. §. sed si in ædes.* Atqui absurdum foret ea quæ ad augmentum sunt proposita deminutionem operari *l. si mancipia. in fine. ff. de instruct. legat.* Et inducta ad vnum effectum producere contrarium. *l. legata inutiliter. ff. de legat. 1.*

2. Accedit quod actus agentium vltra illorum intentionem nihil operari debeant, sed omnes actus ad agentis mentem perpetuo dirigendi sint *l. non omnis. ff. si cert. petat.* Iam vero certum est nuntiantis animum hunc non esse quod per nuntiationem quicquam velit amittere, sed ius potius suum conseruare. Igitur vltra hanc intentionem ipsius non debet nuntiatio quicquam operari.

3. Adde quod ad possessionem tum adquirendam tum amittendam animus requiritur *l. quemadmodum. ff. de acq. possess. l. fere de reg. iur.* Iam vero in proposito casu deficit in nuntiante animus relinquendi possessionem, Non igitur ea solo factionis amittitur.

Cæterum, non attentis hisce rationibus, Iurisconsultis nostris aliud placuit: Quænam autem ratio sit quod possessionem amittit qui simplici verbo nuntiat, non autem amittit possessionem qui iactu lapilli vel per prætorem nuntiat, valde ambigunt Interpretes.

Etenim Bartolus, cuius opinio crebriori Dd. calculo recepta est, ideo simplici verbo nuntiantem ait amittere possessionem, quia timidum & fractum habeat animum, quo possessionem deserere videtur, sicut se posse repelli suspicatur *l. 3. §. in amittend. l. si id quod. §. final. ff. de acquirend. possess.* quæ ratio cesset in cæteris nuntiationis speciebus, quandoquidem iactando lapillos aut adeundo prætorem nuntians se plenum animi præbet & audacem.

Sed ratio hoc exigui est momenti; imo aperte falsa est: Certum quippe est & ratio ipsa dictitat, multo animosiorem esse qui per se prohibet, quam qui accersito iudice *l. fin. princ. ff. quod met. caus.*

Sunt qui hanc adducant rationem quod aduersarius, qui spreta nuntiatione ædificans, ædificium demoliri grauatur *d. l. prætor. §. 1. & §. ait prætor. ff. hoc tit.* rursus in eo exoneretur vt possessionem nuntiatione adipiscatur. *l. eum qui. ff. de iuriurand.*

Quæ tamen ratio quoque non per omnia videtur esse probanda: si enim vera est, quare in nuntiatione per lapilli iactum, aut per prætorem facta possessio non transfertur ex qua tamen contra denuntiationem ædificatum æque destruendum est *dict. l. prætor.* ope videlicet interdicti quod vi aut clam *d. l. 5. §. meminisse. ff. hoc tit.*

Dua-

Duarenus, quem alij plures sequuntur, istam diuersitatis rationẽ adducunt, quod cum quis simplici verbo nuntiat, permittitur nuntiato satisdanti aut à prætore remissionem petenti, ædificare *dict. l. prætor.* idcirco cum sciat isto modo nuntians, eum, cui nuntiatur, posse ædificare satisdando, vel adeundo prætorẽ, non videtur animum habere possidendi nisi aliud appareat. Possessio autem solo amittatur animo *l. 3. §. in amittend. ff. de acquir. poss.* At hoc in lapilli iactu, vel prætoria prohibitione deficit quia prætor non permittit ei, cui hisce modis inhibitio facta est, ædificare satisdanti aut remissionem petenti; Cum nullo iure id cautum legatur, & prætor de nuntiatione in edicto loquatur: Nuntiatio autem à iactu lapilli & prætoria prohibitione differant.

Huic tamen rationi opponit Corasius quod nimium violet generalem Vlpiani sermonem, qui semel atque iterum dicat, aduersarium nuntiatione possessorem fieri *d. §. meminisse. & d. § operis.* & sic totam vim transferendæ possessionis nuntiationi tribuat.

Quod vero alibi ex Iuliani sententia Vlpianus scribit, hoc ipso, quod satis dedit, eum possessorem constitui *l. si alius. §. ait Iulianus. ff. quod vi aut clam.* id de vera, iusta, pacifica & perfecta possessione accipiendum dicit *l. iuste ff. de acquir. possess.* qua nixus ædificans viso nuntiatoris facto, nequit deinceps demolitione operis impediri. *l. stipulatio. §. 1. ff. de oper. nou. nunc.* vbi si ante ædificasset, possessor fuisset quidem, sed violentus *l. 1. §. si quid vi. ff. quod vi aut clam.*

Reiectis proinde hisce rationibus, ait Corasius rationem prædictæ differentiæ facilem & expeditam esse: Quotiens enim, inquit, in re à nobis possessa quis ædificat aut immittit, deficit nuntiatio *dict. §. meminisse. l. 5. ff. hoc tit.* sed iactando lapillos, aut implorando prætoris officium ædificando prohibemus. Nuntiatione quippe tunc locus est, quando quis in solo suo ædificat & ex eo opere nobis damnum datur *d. §. meminisse.* tum autem nuntiando facimus hoc est, declaramus, fatemur & ostendimus aduersarium esse possessorem *d. §. meminisse.* & si quam forte haberemus ei renuntiasse videmur eius exemplo, qui petitorium proponit: Nam & petitorij causam nuntiatio quadantenus redolet *dict. l. 1. §. nuntiatio.* & in id ea vsos intelligimur, in quod à ciuili lege prodita est. *l. si duo. ff. de acquirend. heredit.* indeque animus amittendæ possessionis colligitur, qui ad perdendam possessionem dubio procul sufficit, si ab eo ducatur initium.

Quod si simplici verbo ædificanti in nostro facta sit nuntiatio & per eam nuntiationem translata possessio, quæritur vtrumne id, quod in me ædificatum est, possim propria authoritate destruere ac tollere? Quæst. 22. *An nuntiatione facta & per eam possessione in aduersarium translata, possit ædificium nuntians propria authoritate destruere?*

Affirmandum hoc videbatur per text. in *l. quemadmodum. §. 1. ff. ad l. Aquil. l. 22. §. 2. ff. quod vi aut clam. l sed si inter. ff. de seruitut. præd. vrban. l. 1. & l. 2. C. vt nemini liceat.* in quibus expresse permittitur domino soli destruere id, quod in fundo, siue solo eius ædificatum est.

Et ratio eius supra fuit exposita, quod ædificium, in meo solo ab alio extructum, fiat meum *§. ex diuerso. Inst. de rer. diuis.* & ideo prohiberi non possim quo minus id destruam si mihi detrimentosum esse videatur.

Sed contraria opinio nihilominus vera esse videtur: prædicta siquidem ratio tunc locum sibi vindicat quando ædificium vel nemo possidet, vel ipse soli dominus est in possessione eius. At quando ædificans possidet tum dominus soli non potest ædificium demolire. Alioquin deijceret illum de possessione ac tum iusta esset defensio *l. 3. §. eum igi-*

FF tur.

tur ff. de vi & vi armata. Si tamen in continenti deijceret de possessione ædificantem post nuntiationem factam, iure ait Duarenus id eum facturum esse, quoniam huiusmodi possessio ædificantis violenta esse intelligeretur; Vim autem vi repellere in continenti liceat *dict. l. 3. § cum igitur.*

Quæst 23. *Quonam tempore possit fieri operis noui nuntiatio?*

Restat in hac Thesi considerandum annne diebus etiam feriatis possit operis noui nuntiatio fieri?

Videbatur obstare præceptum Decalogi tertium de die sabbathi sanctificando. Videbatur etiam repugnare quod feriatis diebus cessent lites iudiciariæ *l. 1. ff. de ferijs.*

Item quod in *l. fin. C. de ferijs.* omnes admonitiones cessare expresse iubentur. Operis vero nuntiatio est species quædam admonitionis, prout supra id fuit pluribus exinde deductum ac demonstratum, quod nuntiare nihil sit aliud, quam admonere.

Placuit tamen diebus festis, etiam in honorem & cultum diuinum institutis ac ordinatis, posse nuntiationem noui operis fieri.

1. Quia in *l. 1. § 4. ff. de oper. nou.* Vlpianus ait: Nuntiationem *omnibus diebus* fieri posse. Et quanquam nonnulli respondeant generalem orationem ad idonea coarctandam *l. promittendo Digest. de iure dot. l. vt gradatim. ff. de muneribus & honoribus.*

Non tamen hoc obstat; quandoquidem illi regulæ non est locus quando facta tali repressione, sermonis effusio vana & inutilis redderetur *cap. si Papa. de priuileg. in sext.* id quod sane in proposito accideret, si ad dies infestos verba generalia *d. § 4.* restringerentur.

2. Deinde diebus feriatis, quantumuis cultui ac honori diuino dedicatis, permittitur ea facere, quæ nullam moram, nullam dilationem patiuntur, quæque sine vlla dilatione expediri necessitas postulat. Hinc & Saluator noster *Luc. 14.* die sabbathi sanando hydropicum docuit opera necessitatis diebus sacris nequaquam esse intermittenda, idemque exemplo de boue & asino, in puteum delapso, clarissime ibidem ostendit. Et *1 Maccab. 2.* Cum nonnulli pij Iudæi metuerent, ne resistendo hosti manu armata profanarent sabbatum, & hinc vitæ periculum, imo iacturam & dispendium sibi accerserent, recte & sapienter Mathias vna cum suis socijs decreuit, si porro vis aliqua inferretur, velle se etiam die sabbato arma contra hostem, ad sui defensionem sumere. Atque huc etiam pertinet constitutio Constantini Imper. in *l. 3. C. de ferijs.* vbi ait; *Ruri autem positi, agrorum culturæ libere licenterq́ inseruiant, quoniam frequenter euenit, vt non aptius alio die frumenta* sulcis aut vineæ scrobibus mandentur, ne occasione momenti pereat commoditas cœlesti prouisione concessa.

Iam vero cum opus magis in dies nociturum sit, & possit ædificans de facto diebus quoque festis ad opus procedere, bonum & æquum fuit vt omni quoque tempore arceri posset, quo emergenti malo paratum esset remedium *l. 1. princ. ff. de ventr. inspic.*

3. Accedit quod cum nuntiatio, de qua agimus, iudicis præsentiam non exigat, extraiudiciarijs actibus annumerari debeat *dict. l. 1. princ.* ad quos certum est quoduis tempus, etiam religionis causa feriatum, idoneum esse *l. Diuus. ff. de fer. l. 2. l. fin. C. eod.* Vnde conceditur diebus festis transigere, emancipare, manumittere *l. actus. C. de ferijs.*

Et quanquam etiam adeundus esset prætor, tamen posset adiri feriatis diebus, quia de plano id petitur, non pro tribunali, cum causæ cognitionem non requirat argum. *l. 2. ff. quis ordo in bonor. possess. seruetur.* vbi bonorum possessio, quæ

quæ de plano petitur, quocunque die recte petitur; ea vero bonorum possessio, quæ causæ cognitionem desiderat pro tribunali non potest peti nisi diebus sessionum. Similis locus est in *l. miles.* §. *sexaginta. ff. de adult.* vbi in sexaginta diebus numerantur dies feriati, quoniam de plano libellus dari potest.

Quocirca, his ita perpensis, non magnopere obstant quæ supra in contrarium sunt adducta.

Nam præcepti tertij Decalogi de sabbato sanctificãdo ipse Christus exceptionem constituit in operibus necessitatis quæ dilationem nullam patiuntur *d.c.14. Luca.*

Sic etiam *d. l. final.* C. *de ferijs.* *ad l.3.* C. *eod.* referri & exinde restringi debet ac limitari, ita vt non procedat in ijs quæ moram & dilationem non patiuntur.

RESOLVTIO THESIS *Tertia.*

Quæst.24. *An morte nuntiantis finiatur operis nou. nuntiatio?*

QVibus modis finiatur operis noui nuntiatio, nunc videndum est. Et primo quæritur vtrumne finiatur & extinguatur morte nuntiantis?

Videtur hoc esse negandum quia regulare est obligatiões & actiones transire ad hæredes *l. veteris.* C. *de contrahend. & committ. stipulat.* Vnde etiam Pomponius ait, sed etsi creditoris tantum persona fuerit comprehensa, hæredes tamen ipsius iure vendere, si nihil in contrarium actum sit *l.8.* §.*4. ff. de pignor. act.* idque ideo, quia hæres defunctum repræsentat & eadem cum ipso persona esse censetur.

Vnde conditio obligationis non solet per hæredem variari *l. 2.* §. *ex his. ff. de verbor. obligat.*

2. Idem quoque exinde confirmatur quod per actus nostros non tam nobis ipsis, quam futuris heredibus prospicere censeamur *l. si pactum. ff. de probat. l. cum quo.* §.*fin. ff. ad l. Falcid.* Igitur etiam nuntiatione noui operis.

3. Insuper ius prohibendi, seu ius propter quod fit prohibitio siue nuntiatio videtur esse dominium aut seruitus *l. 1.* §.*vlt. ff. de oper. nou. nunt. l. vnic.* §.*4. ff. de remissionibus.* Hoc vero ius non finitur morte, sed ad hæredes transit. *l. hæreditas. ff. de reg. iur.*

4. Ad hæc valet nuntiatio etiamsi forte quis tale ius non habeat *l. 1. princip.* Etiamsi ab initio non esset dominus subsisteret nuntiatio. Ergo multo magis, etsi desierit dominus esse.

5. Aperti præterea iuris esse videtur quod instantia iudicij transit in heredem *l. si eum hominem. ff. de fideiuss. cap. quia. de iudic.* Nuntiatio igitur ad nuntiantis hæredes transibit.

6. Et pro hac sententia inprimis facere videtur *l. prætor.* 20. §. *hoc interdictum. Digest. de oper. nou. nunt.* vbi dicitur, interdictum hoc operis noui nuntiationis competere hæredi nuntiantis; quod tamen non competeret, si nuntiatio morte nuntiantis extingueretur, nec ad hæredes transiret.

7. Ad hæc nuntiatio prodest hæredi nuntiantis ad interdictum quod vi aut clam: Nam post nuntiationem non potest non vi factum esse, quod factum est *l.1. l. prohibere. Digest. quod vi aut clam.*

8. Denique eodem pertinere videtur textus in *l. in iudicio. Digest. famil. herciscund.* vbi ostenditur nuntiationem noui operis transire ad singularem successorem: dicitur enim, pendente iudicio famil. herciscundæ posse hæredes agere de seruitute & nuntiare.

9. Postremo solet pro eadem sententia hoc quoque adduci argumentum: Correlatiuorum eadem solet esse ratio

eademque conditio. Iam vero nuntiati morte non extingui nuntiationem operis noui, diserte scribit Iurisconsultus in *d.l.* 8. §. *morte. ff. de oper. nou. nunciat.* Igitur nec morte nuntiantis extinguetur nuntiatio.

Et hæc argumenta pro negatiua sententia adduci solent.

Pro affirmatiua vero & quod morte nuntiantis ita perimatur nuntiatio, vt vis eius nulla in hæredes transfundatur est textus apertus in *dict. l.* 8. §. *morte. ff. de oper. nou. nuntiat.* verba eius ita habent: Morte eius, qui nuntiauit, extinguitur nuntiatio sicut alienatione, quia his modis finitur ius prohibendi.

Ratio huius ista adduci solet quod nuntiatio noui operis in personam fiat & sit actus meræ facultatis in pura vnius voluntate, & ita in facto consistens *l. in omnibus. ff. de obligat. & action. l.* 1. §. *Scaeuola. si quis test. lib. esse.* Ex quo idcirco nullum ius oritur, antequam spreta nuntiatione aduersarius ædificet *dict. l. prator.* 20. *princip. & dict. l. in omnibus.* Vnde nihil est quod transmitti possit *l. traditio. ff. de acquir. domin.* Nam quæ iuris sunt ad hæredes duntaxat transferuntur, non autem quæ sunt facti *l. idem Iulianus.* §. *si quis. ff. de legat.* 1. *l. cum hæredes. ff. de acquirend. possess.* Corasius ad *dict. l.* 8. §. *morte.*

Et hæc sententia propter textum apertum retinenda est.

Ad prioris assertionis fundamentum primum petitum ex *l. veteris. C. de contrah. & commit. stipulat.* respondetur, operis noui nuntiationi nullam penitus subesse obligationem aut actionem cum tantum sit facti, nec aliquid cum obligatione commune habeat. Duarenus ad *d.* §. *morte.*

Addit Corasius contractus idcirco ad hæredes transire, quia cum simultaneo partium consensu componantur *l.* 1. §. 1. *ff. de pact.* inde nascatur obligatio quæ iuris est §. 1. *Inst. de oblig. & act.* Operis noui nuntiationem vero aduersarij consensu non fieri.

Ad secundum argumentum respondetur, actus nostros futuris hæredibus quoque prodesse, nisi exinde ius personale nascatur; hoc quippe cum persona extinguitur, nec ad hæredes transitorium est: Atqui nuntiationem noui operis ratione nuntiantis personalem esse mox dicetur.

Ad tertium argumentum respondetur, etsi ius istud, cuius intuitu opera noui nuntiatio facta est, non amittatur, nec finiatur morte nuntiantis, sed ad hæredes ac successores transeat, ipsam tamen nuntiationem propterea, quia personalis est, non transire, sed morte nuntiantis extingui; interim tamen cum in hæredes transeat dominium, vel seruitus, ideo hæredes ipsos non prohiberi denuo ac de nouo, ædificanti nouum opus nuntiare.

Ad quartum respondeo negando consequentiam, quia non sequitur, noui operis nuntiatio fieri potest etiamsi nuntians non fuerit dominus: Ergo facta durat, etsi postea desierit esse dominus.

Ratio supra est indicata, quia ius quod ex operis noui nuntiatione proficiscitur, est personale, ius inquam, prohibendi *dict. l.* 8. §. *morte. ff. de oper. nou. nunc.* & ideo morte finitur & extinguitur.

Deinde si quid concluderet hoc argumentum, efficeret quoque noui operis nuntiationem nec alienatione finiri; quod tamen omnes agnoscunt esse falsissimum *d.* §. *morte.*

Ad quintum responsio facilis & expedita est: Nam hic nec iudicium nec vlla iudicij instantia est, sed quædam duntaxat futuri iudicij præparatio.

Ad

Ad sextum respondet Duarenus, operis noui nunciationem extingui cum nuda tantum est mutatio, cum res adhuc est integra, vbi vero ad opus processit aduersarius, ius & actionem ad demoliendum acquiri nunciatori *d. l. 20. §. hoc interdictum. Digest. hoc titul.* atque illud ad hæredes transmitti. *§. Non autem. Institut. de perpet. & temp. act.* quanquam hoc ius magis ex facto illicito ædificantis, quam ex nunciatione quæsitum intelligatur. *L. 3. princ. ff. quod vi. l. si quis solutioni. §. penultim. ff. de vsur.* Et hoc ipsum est quod ad eandem *l. 20.* respondet Iacobus Cuiacius, interdictum de opere restituendo, siue destruendo hæredi non competere, si denunciatus opus fecerit post mortem nunciatoris atque adeo post finitam nunciationem ante nouam nunciationem hæredis, sed vt hæredi competat, si denunciatus opus fecerit viuo nunciatore, quia à defuncto interdictum cœpit, & ab eo transiit ad hæredem.

Idem respondetur quoque ad septimum: Habet hæres nunciantis interdictum, quod vi aut clam, si nempe nunciatione spreta, nunciatus viuo adhuc nunciatore ædificare perrexerit; secus vero si viuente nunciatore, ad opus non processerit.

Ad octauum respondetur in adducta *l. in iudicio, ff. famil. herciscund.* nullum verbulum haberi ex quo colligi possit nunciationem transire ad singularem vel vniuersalem successorem.

Dicitur quidem illic, pendente iudicio familiæ herciscundæ posse cohæredes agere familiæ herciscundæ de seruitute, & nunciare pro sua quemq; parte, sed non dicitur quod nunciatio à defuncto facta ædificanti ipsis quicquam prosit.

Ad nonum & vltimum respondeo, correlatorum eandem esse cōditionem si eadem quoque illorum sit ratio; non vero si eorundem ratio sit diuersa: Iam vero hoc in loco diuersissimam rationem esse hæredum nunciantis & nunciati omnes agnoscunt, & innuit etiam ICtus *in d. §. Morte.*

Ideo enim nunciatio operis noui ad hæredes nunciantis non transit, quia respectu ipsius est personale ius prohibendi, quod ex nunciatione nascitur, est personale: Respectu vero nunciati est reale, quia operis noui nunciatio non fit personæ, sed operi seu rei, itaque rei cohæret, ac rem & possessorem eius sequitur *l. 10. & l. vltim. ff. hoc titul.* perinde, ac si hæredi quoque ipsi nunciatum esset.

Illud certum est & indubitatū, quod si quis expresse pro se ac hæredibus suis nunciauerit, quod tunc nunciatio hæredibus quoque prosit: Tum quia in plerisque casibus mentio hæredis facit, vt id transeat ad hæredem, quod alias finiretur morte *l. diem proferre. §. 1. Digest. de arbitr. l. antiquitas. de vsufructu.* Tum quia præsumptio ista, quæ facit ius nunciationis personale hic deficit.

Alienatione etiam, illius videlicet loci, cui per nouum opus noceri nunciator contendebat, veluti prædij dominantis in seruitute, extingui ac finiri nunciationem, scribitur *in dict. l. 8. §. Morte.* **Littera B.**

Et ratio eadem est, quæ facit eam morte nunciantis extingui, quia videlicet nunciatio est quoad ipsum nunciantem personalis, & ideo in successores non transitoria.

Cæterum hoc ipsum, quod nunciatio per alienationem extinguatur, intelligendum est de voluntaria, & non de necessaria alienatione monente Corasio *ad d. §. morte.*

Nec mouet quod mors quoque necessariam inducat alienationem: Nam hoc falsum esse arguit *l. peto. §. prædium. cum §. final. ff. de legat. 2.* & ratio etiam

perſpicua eſt, quod nempe ſucceſſor vniuerſalis, repræſentando defuncti perſonam, cum defuncto pro eadem perſona habeatur. §. 2. *Inſtit. de hæredib. inſtituend.*

Litera C. Tertium modum finiendi & extinguendi nunciationem eſt *ſatisdatio*; Ita quippe Vlpianus ſcribit: *Si is cui nunciatum erit, & operis noui nunciatione ſatisdederit repromiſeritve, aut per eum non fiet, quominus boni viri arbitratu ſatisdet, repromittatve, perinde eſt ac ſi operis noui nunciatio omiſſa foret. Habet autem hoc remedium vtilitatem, nam remittit vexationem ad prætorem veniendi & deſiderandi vt miſſa fieret nunciatio. l. 5. §. 17. ff. de oper. nou. nunciat.*

Hinc Vdalricus Zaſius ad *d.* §. 17. ſcribit, ſatisdationis hunc eſſe effectum vt operis noui nunciationem tollat, perimat & caſſet.

Verum quominus huic Trentleri noſtri & Zaſij opinioni ſubſcribam, facit quod præcipuus effectus nunciationis ſit, vt niſi prohibitioni paritum ſit, demolitio ædificij ſequatur *l. 20. §. 1. §. ait prætor. ff. hoc titul. cap. 2. de operis noui nunciat.* At hunc effectum durare etiam poſt ſatisdationem, ſi apparuerit iniuſte ædificium eſſe, plusquam manifeſtum: eo ſiquidem ſatisdatio ſpectat vt per eam caueatur nunciatori de demoliendo ædificio ſi ius ædificanti non fuerit. Cum itaque hic effectus nunciationis per ſatisdationem non caſſetur non tollatur, conſequens eſt nec ipſam nunciationem omnino ſatisdatione caſſari.

Nec contrarium probat *d. l. 5. §. 17.* Nam quatenus interpoſita ſatisdatione nunciatio pro omiſſa habeatur ipſe ibidem Iuriſconſultus declarat; hactenus videlicet vt nunciatum non amplius impediat ædificare opusque cœptum perficere, nec etiam opus habeat eo nomine prætorem adire ab eodemque remiſſionem impetrare. Ita enim ſubijcit Vlpianus: Habet autem remedium hoc vtilitatem: Nam remittit vexationem ad prætorem veniendi & deſiderandi vt miſſa fieret nunciatio.

Cæterum quod dictum nunc fuit, ſatisdatione operis noui nunciationem quoad hunc effectum extingui, vt cautione præſtita, nunciatus poſſit procedere in ædificando opere, id nonnulli ſic reſtringunt, vt non quidem ſtatim poſſit pergere in ædificando, ſed cogatur tres expectare menſes, quibus demum elapſis, & ſi intra eos ius ſuum non deduxerit nuncians, nec demõſtrarit quod ius ædificandi nunciatus non habeat, progredi in opere permittatur ædificanti. Queſt. 25. *An præſtita ſatisdatione, ſtatim poſſit ædificari?*

Et hoc per textum *in l. vnic. in verb. Talem igitur iniquitatem inhibentes ſancimus ſi quis denunciationem emiſerit, in hac quidem regia vrbe præfectum vrbi feſtinare, in prouincia vero rectorem eius intra trium menſium ſpatium cauſam dirimere. C. de nou. oper. nunciat.*

Deinde confirmat hoc ipſum ius canonicum *in capit. fin. de oper. non. nunciat.* Verba eius hæc ſunt: *Is cui opus nouum te nunciaſſe proponis, non obſtante cautione quæ offertur ab ipſo de opere deſtruendo, ſi non iure ædificatum extiterit, tenetur te per trium menſium ſpacium expectare iuris tui præiudicium probare volentem.*

Sed verior eſt tamen ſententia noſtri Authoris, quod nunciatus ſi ſatisdederit, ſtatim & ſine vlla mora ædificare & opus inchoatum perficere queat, nec opus habeat à præſtita ſatisdatione, trium menſium ſpacium adhuc expectare.

Et fundamentum aſſertionis huius firmiſſimum in eo conſiſtit, quod *in l. 5. §. 17. & 20. l. 8. §. 2. & 4. l. 20. §. 1. & §. 10 ff. hoc tit.* ac paſſim nunciatio poſt ſatisdationem præſtitam ſine vlla vllius termini aut temporis præfinitione permittitur

tur ædificare: Hoc autem nuſpiam reperiatur noua aliqua conſtitutione aut lege correctum.

Nam quod ad *d. l. vnic. C. de noui oper. nunciat.* attinet, recte Treutlerus noſter eam ſic interpretatur vt ſpacium iſtud trimeſtre, cuius ea meminit, à Iuſtiniano Imperatore in prouinciis non ſit præſcriptum inhibitioni ædificij poſt præſtitam cautionem, ſed cauſæ ipſius terminationi; ita vt nunciatus ſtatim quidem poſſit ædificare, poſtquam ſatisdedit, verum ipſa cauſa nunciationis terminari debeat intra trium menſium ſpatium.

Et hanc reſponſionem noſtri Treutleri admodum confirmant verba in eadem lege ſubſequentia; Sin vero aliquod fuerit quocunque modo ad deciſionem ambiguitatis impedimentum, licetiam habere eum, qui ædificare properat opus, de quo agitur, perficere, prius fideiuſſore ab eo dato, &c.

Quod vero ad ius canonum attinet, certum eſt illud ex errore & malo *d. l. vnic.* intellectu fluxiſſe: Hoc ſiquidem *d. l. vnic.* velle exiſtimauit Pontifex, quod & vulgo interpretes exinde eruere conantur, ſpatium trium menſium præfinitum eſſe ædificationi poſt ſatisdationem præſtitam; idque etiam exinde colligitur quod Pontifex ipſe in operis noui nunciatione ſacros canones leges ciuiles ſequi & imitari profiteatur *cap. 1. & 2. de nou. oper. nunciat.*

Quo circa ius iſtud canonum, vtpote ex manifeſto errore profectum, obſeruandum non videtur *arg. l. 39. ff. de legib.*

Litera D. Inſuper modis finiendi & tollendi operis noui nunciationem annumerat quoque noſter Author. prohibitionem Prætoriam.

Si enim prætor aditus à Titio iuſſit nunciari, mox prohibuit; Titius nihilominus nunciauit, fretus iuſſu prætoris, impune nunciatio contemnitur, vt quæ per ſubſequentem prohibitionem ſublata fuerit: Ita Vlpianus *in l. 16. ff. de oper. nou. nunciat. Si opus nouum prætor iuſſerit nunciari deinde prohibuit, ex priore nunciatione agi non poteſt, quaſi aduerſus edictum eius factum ſit.*

Potior itaque eſt prohibitio prætoris nunciatione. Atque huc pertinet, quod Celſus ſcribit *in l. 14. ff. de re iudicat. Quod iuſſit vetuitve prætor contrario imperio tollere poteſt.*

Sed numquid in iudicantis erit arbitrio permittere nunciato, vt ſatisdatione etiam non præſtita progrediatur in opere, nunciatione omnino contempta? *Quæſt. 26. An prætor poſſit non præſtita cautione permittere vt ædificetur?*

Affirmat quidem hoc Treutlerus in diſtincte: Verum aſſertionem iſtam ita generaliter poſitam, veram non eſſe exiſtimo. Ex nunciatione enim operis noui ius prohibendi opusque inhibendi quæſitum eſt nuncianti, quod ipſi auferre iudex non poteſt. *l. id quod noſtrum. ff. de reg. iur.*

Et ſane cum hoc in ſummum nunciatoris præiudicium cedat, cum perfacile fieri poſſit, vt ædificans interim ſoluendo eſſe deſinat, nec habeat ſumptus deſtruendi opus perfectum, idcirco non video qua ratione iudex, qui ius & æquitatem præ oculis habere debet *l. 8. Cod. de iudic.* ædificanti permittere queat ſummum in nunciatoris præiudicium, non præſtita cautione, in opere procedere.

Quocirca aſſertionem Authoris noſtri de eo ſolum caſu intelligendam exiſtimo, quo notorium fuerit & euidentiſſimum, nunciantem ius prohibendi opusque impediendi non habere: Aut vero quando periculum in mora eſt, nec opus cœptum vllam patitur dilationem *l. 5. §. 12. & 13. ff. de operis nou. nunciat.* & ſi qui alij ſunt caſus, quibus nunciatio operis noui contemni, eaque ſpreta

ſpreta opus continuari & abſolui poteſt.

Litera E. Denique finitur & extinguitur nunciatio remiſſione: Si enim poſt factam nunciationem, vterque, & nuncians & nunciatus adierit prætorem isque cognita cauſa nunciationem remiſerit, non amplius ædificationem impedit nunciatio: Idque haud obſcure edicto ſuo prætor ſignificat dum reſtitutionem fieri iubet *antequam remiſsio facta ſit.*

Queſt.27. *Quando vtilis & quando inutilis ſit remiſsio?* Sed quando vtilis ſit remiſſio & quando inutilis quæritur? Iacobus Cuiacius in locis ab Authore noſtro allegatis reſpondet, tunc vtilem eſſe remiſſionem quando nunciatio non tenet, hoc eſt, quando is, qui nunciauit, non habuit ius nunciandi: inutilem vero eſſe remiſſionem, quando nunciatio vtilis eſt ac tenet.

Pro hac ſententia citatur *l. vnic. ff. de remiſsionibus.* vbi hæc in verba ſcribitur: *Et verba prætoris oſtendunt, remiſsionem ibi demum factam, vbi nunciatio non tenet: Et nunciationem ibi demum voluiſſe prætorem tenere, vbi ius eſt nuncianti prohibere, ne ſe inuito fiat.*

Sed Robertus etiam tunc exiſtimat remiſſionem eſſe inutilem quando nullo modo tenet nunciatio, ſi videlicet nuncianti ius nunciandi non competiit, vel propter ipſam qualitatem, vel perſonæ nunciantis, vt quia ſeruus fuit, aut pupillus, aut ſocius vel alius aliquis, qui propter perſonæ qualitatem nunciare non potuit, vel eius cui nunciatio fit, vel ipſius rei cuius gratia fit nunciatio: Tunc vero vtilem remiſſionem iudicat, quando aliquo modo vtilis eſt denunciatio, quod accidit cum quis eiusmodi quidem eſt perſona, quæ ratione conditionis ſuæ non prohibetur nunciare, ſed tamen idcirco ius nunciandi non habet, quia nihil habet in vicinia, cui noceri poſſit per iſtam nunciationem.

Et hæc ſententia non videtur omnino à veritate aberrare; ſiquidem cum inutiliter omnino facta eſt nunciatio, id quod accidit cum vel is nunciauit, qui ob perſonæ qualitatem nunciare non potuit, vel ei nunciatum eſt cui nunciare non licuit; vel ratione eius rei nunciatio facta eſt, quæ natura ſua nunciationem non admittebat, nunciatio plane nullius momenti eſt: At quomodo remitti poſſet ea nunciatio, quæ prorſus non tenuit; cum omnis priuatio præſupponat habitum, nec remitti poſſit quod non eſt, tum non entis nulla ſint qualitates, nullæ conſiderationes. At quando alias non competit alicui ius nunciandi ob rei defectum, quia tenet nihilominus nunciatio, idcirco etiam remiſſio vtilis erit. vide quæ ſupra dixi ad *theſ.1. lit. B.*

Nec obſtat *d. l. vnic. ff. de remiſsionibus.* Loquitur enim de ea nunciatione, quæ pleno quidem effectu tenet, ſed tamen aliquo modo tenet; id quod etiam ſubſequẽtia textus verba ſatis indicant quibus dicitur, nunciationem ibi demum tenere, vbi ius ſit nunciandi. Iam vero *d. theſ.1.* oſtenſum à nobis fuit, quod nunciatio teneat, nec contemni poſſit, vbi nunciandi non fuit.

Sequitur vt nunc de interdicto, *quod vi aut clam.* dicamus. Vi facit, qui vel vi, vel contra denunciationem quid molitur *l. 20. princ. ff. quod vi aut clam.* ibi Paulus, *Vi facit tam is, qui prohibitus fecit, quam is, qui, quo minus prohibeatur, conſecutus eſt periculo aduerſario denunciante.* Et *in l. 73. ff. de reg. iur. Vi factum id videtur eſſe qua de re cum quis prohibetur, fecit.*

Clam facere dicitur, qui aduerſarium celarit opus, neque ei denunciauit, ſi timuit vel timere debuit controuerſiam. *l. 3. §. 7. & ſeqq. ff. hoc tit. d. l. 73. §. 2.*

Hoc

Hoc autem interdictum magnam habet cum noui operis nuntiatione conuenientiam, hæc siquidem locum facit illi interdicto, ita vt si quis spreta denuntiatione ædificauerit interdicto quod vi aut clam conueniri queat ad demolitionem operis. Hoc diserte Vlpianus cum Iuliano testatur hæc in verba scribens: *Ait Iulianus, qui ante remissionem noui operis nuntiationis contra, quam prohibitus fuerit, opus fecerit duobus interdictis tenebitur. Vno quod ex operis noui nuntiatione competit, altero quod vi aut clam*: *l. 7. §. 2. ff. quod vi aut clam.* Interim tamen operis noui nuntiatio ab hoc interdicto plurimum differat. Nam operis noui nuntiatio ad heredes non transit *d. l. 8. §. morte. ff. de oper. nou. nunt.* At interdictum quod vi aut clam vtique ad heredes transit Wesenbec. *parat. quod vi aut clam. n. vltim.* Deinde interdictum quod vi aut clam opera præterita duntaxat respicit *l. 1. ff. quod vi aut clam.* Nuntiatio autem noui operis ad futura saltem opera refertur *l. 1. §. 1. ff. de oper. nou.* Interdictum equidem de noui operis nuntiatione aduersus opera præterita introductum est, ad demolitionem nimirum eius, quod spreta nuntiatione ædificatum est *l. prætor. §. 1. ff. de oper. nou. nunt.* Et ideo cum interdicto quod vi aut clam concurrere potest *d. l. 7. §. 2.* Sed aliud est operis noui nuntiatio, & aliud interdictum ex operis noui nuntiatione competens; Aliud nouũ opus nuntiare & aliud interdicto noui operis nuntiationis vti, *d. l. 1. pr. & §. 1. d. l. prætor. §. 1. eod.* Fit enim nuntiatio vt futurum opus impediatur *d. l. 1. pr. & §. 1. l. vnic. C. de Nou. oper. nunt.* Interdictum vero ex causa operis noui nuntiationis vt opus iam factum destruatur *d. l. prætor. §. 1.*

Lit. B. Datur porro interdictum hoc quod vi aut clam omnibus quorum interest factum non esse *l. 11. §. 10. §. fin. l. 13. pr. l. 16. §. 1. ff. quod vi aut clam.* Datur igitur domino, sed non solum domino verum etiam colono & fructuario *l. 12. & 13. ff. hoc t. tul.*

Cæterum controuertitur, si ex eo emptori tradita sit res vendita precario, vtrum ipsi an vero venditori interdictum quod vi aut clam accommodari debeat? Controuersum enim hoc olim fuisse inter Iulianum & Cassium refert Vlpianus in *l. 11 qui puteum. §. si fundus cum §. seqq. ff. quod vi aut clam.* vbi in hæc verba scribit: *Si fundus in diem addictus sit, cui competat interdictum; & Iulianus ait, interdictum quod vi aut clam ei competere, cuius interfuit opus non fieri: Fundo enim in diem addicto & incommodum & incommodum omne ad emptorem pertinere, antequam venditio transferatur; & ideo si quid tunc vi aut clam factum est, quamuis melior conditio allata fuerit, ipse vtile interdictum habebit, sed eam actionem, sicut fructus medio tempore perceptos, venditi iudicio præstari cogendum ait. Aristo autem scribit, non possessori esse denunciandum: Nam si quis, inquit, fundum mihi vendiderit & nec dum tradiderit, & vicinus cum opus facere vellet, & sciret me emisse & in fundo morari, mihi denunciauerit esse eum tutum futurum, quod ad suspicionem clam facti operis pertinere, quod sane verum est.* Hæc Vlpianus. Quæ. 28. An interdictum quod vi aut clam detur illi cui sub pacto addictionis in diem venditus est fundus.

Ex quo patet, quod Cassius ita demum emptori interdictum quod vi aut clam competere existimarit, si ei fundus ex causa venditionis à venditore traditus esset: Alioquin ipsi venditori adhuc possidenti competere: Iulianus vero emptori, qui in fundi possessione sit, interdictum competere, non venditori, nulla distinctione adhibita, an is fundus à venditore ex causa emptionis traditus sit, an ex alia quauis; propterea quod istud interdictum illi competat, cuius interest opus illud non esse factum; emptoris autem ex eo in dubium sit, quod tunc omne commodum & incommodum ad eum pertineat. Vlpianus vero

reiecta sententia Cassii quia nempe alii etiam, quam fundi possessori, denunciari possit opus, quod fit; ita vt opus faciens eo testari possit, se id non clam fecisse, neque necesse semper sit possessori eam denunciationem fieri; concludit Vlpianus, vendito sub additione in diem fundo, emptori, cui ex alia quam emptionis causa traditus fuerit interdictum competere, licet tunc is possessor non sit, sed ita, vt eo casu & venditori quoq; idē interdictū competat; adeoq; vtroque casu vēditori interdictū detur, tū quo nullo modo traditus fuerit fundus, quam si etiam traditus fuerit, dummodo & alia, quam emptionis causa, puta precarii rogatione. Non obstante eo quod Iulianus obiicit, tunc rem emptoris periculo esse & ideo soli emptori competere interdictum: Etenim & emptoris periculo res est post emptionem perfectam re nullo modo tradita, & tamen quod ipsi venditori tunc interdictum competat, & non emptori, indubitatum est.

Sed huic sententiæ & interpretationi obstat quod idem Vlpianus in *versic. si tamen precario sit in possessione*. Velut dubitans quærit, an cum emptor precario in possessione est, illi interdictum competat? Quod si antea simpliciter affirmauerat, absurde id postea in quæstionem & dubium vocat.

Iacobus Cuiacius in locis ab Autore citatis emendat textum &c. pro his verbis: *Ergo si post in diem addictionem fundus precario traditus sit*, legit *precario traditus non sit*, ita vt si ex causa precarii traditio sit facta, emptori interdictum non competat; sin ex causa emptionis, tunc competat hoc interdictum emptori.

Cæterum hanc emendationem Iohannes Robertus hisce rationibus impugnat.

1. Quod cum antea precarii Vlpianus in *d. l. si qui in puteum. §. 10. & seqq.* non meminisset, adeo contorta & longius quæsita periphrasi vult dici fundum non precario traditum pro traditum ex causa emptionis.

2. Quia hunc in modum emendata lectio hoc præsupponit, fundum venditum extra emptionis causam, non ex alia quam precarii causa emptori posse tradi; cum tamen Vlpianus postea subiiciat ex causa etiam conductionis fundum posse emptori tradi, vt hoc interdictum quod vi aut clam ei cōpetat.

Ipse igitur Robertus ad proximam obiectionem respondet ex ipso textu satis aperto patere Vlpianum in præced. *versic. si tamen precario* non simpliciter in quæstionē reuocare, quod iam plene deciderat de emptore ex precarii rogatione in possessione existente, sed disquirere in eo, quod is precario possidens hoc interdictū habeat, an ideo id ei cōpetat, quia cum eius intersit & simul qualitercunq; possideat, h. est, an duo hæc coniuncta & quod eius intersit, & quod qualiter qualiter possideat, id efficiant, vt illi emptori hoc interdictum detur, quo inde id & ad alios casus consimiles extendat, in quib⁹ alicuius intersit opus non fieri, & simul is in qualicunq; possessione sit, vt nominatim id statim non tantum in emptore, qui conductum obtinere subiicit, sed in eo etiam qui simpliciter conduxerit, nec aliud ius ad rem habeat, quam simplicis conductionis. Præterea quæ antea plane decisa fuerunt, postea quæstionib⁹ propositis, quibus velut in dubium reuocari videantur eadem rursus agitari, illorum præsertim rationis explicandæ causa, nouum & iniure incognitum non est; atq; etiam in hoc eodem Vlpiano, vt in *l. fideicommissaria libertas ita dari ff. de fideicommiss. libertat. l. Iulianus. in pr. in sp l. Titius & l. seq. Digest. de act. empt. l. bona fides ff. depositi. l. filium quem Digest. de bonor. possess. contr. tabb.* Confirmat hāc eadem sententiam *l. 41. §. 4. ff. de in diem addi-*

addictio, in qua ita Vlpianus scribit. *Idem Iulianus lib. 88. Dig. scripsit, cum qui emit fundum in diem, interdicto quod vi aut clam uti posse: Nam hoc interdictum ei competit, cuius interest opus non esse factum fundo, autem, neq; uit, in diem addicto, & commodum & incommodum omne ad emptorem pertinet, antequam venditio transferatur; & ideo si quid tunc vi aut clam factum est, quamuis melior conditio allata fuerit, ipse vtile interdictum habebit.*

3. Deniq; confirmat hanc eandem sententiam *l. 3. C. de pact. inter empt.* dum illic Imperator Alexander hoc modo rescribit: *Qui ea lege prædium vendidit, vt nisi reliquum pretium intra certum tempus restitutum esset, ad se reuerteretur, si non precariam possessionem tradidit, rei vindicationem non habet, sed actionem ex vendito.*

Lit. C. Cæterum vt satisfiat actori hoc interdicto experienti æstimanda lis est & quidem non ex veritate, sed ex affectione vltra verum rei precium, Nisi fortassis non possit iureiurando æstimari res vt quæ amplius non extet. Ita quippe Vlpianus in *l. 15. Digest. quod vi aut clam. Sed aut quod interfuit, aut per iusiurandum, quod in litem actor iurauerit, aut si iurare non possit iudicis officio æstimandum est.*

Sed quia res hæc adhuc dubium nonnullum patitur, anne videlicet in interdictis in litem iusiurandum locum sibi vindicet, de eo dispicere hoc loco erit operæ pretium.

Et quod in interdictis in litem de affectione iurari possit, verius esse videtur: Nam sic Vlpianus in *l. 68. Digest. de R. vindicat.* Hæc sententia (quod scilicet reus actori damnandus sit, quanti hic in litem iurarit) generalis est ad Omnia siue interdicta siue actiones in rem siue in personam sunt, ex quibus arbitratu iudicis quid restituitur locũ habet. Idemq; Vlpianus in *l. 15 §. 9. ff. quod vi aut clam* de interdicto quod vi aut clam disserens, *sed quod interfuit*, inquit, *aut per iusiurandum, quod in litem actor iurauerit, aut si iurare non possit iudicis officio æstimandũ est.*

Sed & hic contra textus apertos statuit Antonius Faber, *16. coniect. 20.* & in *Error. pragm. decad. 18. Error. 7.* his rationibus motus,

1. Quia omnia interdicta sunt de possessione duntaxat, & non de domino, *tot. tit. I. & ff. de Interd.* iusiurandum autem in litem soli domino de re sua agenti committatur, ne videlicet cogatur vel re sua carere, aut eam suo precio vendere. *l. 8. ff. de in lit. iur. l. 9. ff. rer. amot.*

4. Quia nulla edicti prætorii de interdictis pars est, quæ non det actionem in id quod agentis interest: Atqui aliquem in id quod interest damnari aut cõdemnari, quanti in litem iuratum est, non modo diuersa, sed etiam contraria & pugnantia sunt. Sed quo minus huic Antonii Fabri opinioni subscribam faciunt textus iuris apertissimi, quos paulo supra adduxi; ad quos eludẽdos nõ sufficiunt argumenta ex Fabro modo adducta: Vt enim concedatur, quod etiam verissimum est; Interdictis non dominium, sed possessionem vindicari; exinde tamẽ minime sequitur, interdictis in litem minime iurari. Quis enim ignorat actione commodati, depositi & plerisque aliis in personam actionibus rem non vindicari, nec peti dominium, sed rem solum, ab alio possessam peti restitui? Et tamen quin iusiurandum in his quoque locum habeat, dubium plane nullum est. *l. 3. Digest. commod. l. 1. §. in depositi. ff. depositi.* Quapropter vt in aliqua actione in litem iurari possit, non requiritur, vt ea ad dominium vindicandum spectet, vtque actor illa agens se dominum asserat: Alioquin in actione ad exhibendum nunquam in litem iurari posset: Vt nec in actionibus depositi, locati, commodati, &c. quæ ad dominium vindicandum nequaquam spectant,

quibusque agens non se dominum esse rei petitæ intendit, sed sufficit vt is, qui rem sibi restitui petit, dominus sit rei, licet se dominum esse non intendant: Id quod sane in interdictis recuperandæ possessionis, in quibus solis iurari posse contendimus, *d.l.68.de R. vindicat.* præsupponendum existimamus ex *l.1.ff.de in lit.iur. & l.9.ff.rer.amot.*

Posterius Antonii Fabri argumentum satis superque refellit Vlpianus in *d.l.15.§.9.Digest. quod vi aut clam.* in qua manifestissime docet in interdicto recuperandæ possessionis, vel id quod interest, vel quanti in litem iuratum est, obtineri. Ex quo liquet id quod interest esse diuersa non vero contraria, quæ simul consistere nequeant, maxime cum hæc interdicto quod vi aut clam non copulatiue, sed disiunctiue & alternatiue præstanda veniant.

Vis porro & effectus huius interdicti in eo consistit, vt omnia in eam restituantur conditionem, qua res fuit ante operis constructionem *l.7.§.1.l.11.§.4.ff. quod vi aut clam.* Et quidem contra eum datur, qui vi aut clam in re soli vel solo cohærenti aliquid fecerit. Sed numquid & aduersus eum qui denuntiauit se facturum hoc interdictum quod vi aut clam competat? quæritur: Negat absolute Treutlerus noster, fretus textu expresso in *l.fin.§.vltim. Digest. quod vi aut clam.* vbi Venuleius hæc in verba scribit: Si is, qui denuntiauit se opus facturum, confestim opus fecerit, clam fecisse non intelligitur: Nam si post tempus, videbitur clam fecisse. Hic ICtus negat clam facere eum qui se facturum denuntiauit.

Quæ. 21. An interdictum quod vi aut clam detur aduersus eum qui denuntiauit se facturum?

Quod sane verissimum est, quoniam is clam facit, qui aduersarium celat opus, neque ei denuntiat, si modo timuit eius controuersiam, aut debuit timere.

Idem Aristo putat, eum quoque clam facere, qui celandi animo habet eum, quem prohibiturum se intellexerit & id existimat aut existimare debet se prohibitum iri *l.3.§.7.& 8.Digest.quod vi aut clam.*

Veruntamen exinde non recte Treutlerus noster colligit quod hoc interdicto non conueniatur, qui ita, vt dixi, denuntiauit, quandoquidem constat præsens interdictum non modo contra eum dari, qui clam, sed etiam aduersus illum qui vi fecit: Etsi igitur is, qui denuntiauit se opus facturum non clam faciat, si statim post denuntiauit, vi tamen facit, si nempe denuntiantem prohibuerit facere dominus *d.l.1.§.5.6.7.& 9.ff.hoc tit.*

Cæterum ex eo quod in *d.l. vltim. §. fin. Digest.quod vi aut clam.* dicitur eum intelligi clam fecisse qui denuntiauit quidem, sed non confestim post denuntiationem fecit, infert Bartolus, si quis citatus fuerit ad aliquem actum certa hora expediendum, tunc actum, qui post illam horam, ad quam citatio facta est, celebratur non valere, quoniam censeatur parte non citata factus; adeoque nec reum teneri actorem, in iudicio ad præfixam horam non comparentem, ne quidem per diem vel horam expectare; quoniam sicut in casu *d.§.vltim.* non attenditur denuntiatio, quam actus, qui futurus denuntiatur, confestim non est secutus, nec vlla eius denuntiationis habetur ratio; ita quoq; si ad citatũ tempore præfixo actor nõ comparuerit, ratio citationis nulla amplius habebitur ratio, sed reus post elapsum istam citationis horam pro non citato habebitur.

Cæterum etsi hæc de iuris rigore & stricto iure inspecto ita procedant, aliud tamen dicendum est de æquitate si sermo sit: hac quippe inspecta, etsi citatus non confestim ad horam præstitutam comparuerit, expectandus tamen aliquan-

aliquandiu erit. Idque diserte confirmat textus in *cap. Consuluit. 24. extr. de offic. & potest. iud. delegati* in verbis: *vtrum ad recipiendos testes, depositiones publicandas eorum; vel sententiam proferendam peremptorie citatas partes & earū altera si absentat contumaciter die data; an circa vltimam saltem partem dici sit in negotio procedendum vel in diem potius expectandum sequentem: Et si expectaueris, vtrum contumax iterum sit citandus, cum non fuerit partibus assignatus processus? Nos autem credimus distinguendum vtrum iurisdictio duret post terminum peremptorium, an expiret in illo. Si durat in diem alterum æquitate suadente, poteris expectare, nec erit pars contumax peremptorio elapso citanda. &c.*

Ecce hic ex æquitate singulari statuit pontifex citantem oportere aliquandiu citatum expectare, nec citatum protenus pro contumaci habendum si nōn se iudicio ad præfixam horam vel diem stiterit.

Æquitatis vero illius causa in eo consistit quod facile potuerit citato vel citanti aliquod obiici impedimentum quo minus præfixa hora adesset *leg. 3. §. si ad diem. Digest. ae re militar.*

Et huc facit etiam textus in *l. 8. Digest. si quis cautionibus.* vbi Gaius ita scribit: *Et si post tres aut quinque pluresue dies, quam iudicio sisti se reus promiserit, secum agendi potestatem fecerit, nec actoris ius ex mora actoris deterius factum sit, consequens est dici, defendi eum debere.*

Et quanquam hi textus de reo loquuntur velintque quod actor reum aliquandiu ex æquitate expectare debeat, tamen ad actorem quoque accommodandi erunt, ita vt reus quoq; actorem debeat expectare: Tum quia quæ æquitas facit vt reus sit expectandus, eadem quoque effic at vt actor expectari debeat: Tum quia æqualitas in iudiciis obseruari debet *l. vltim. Cod. de fruct. & lit. expens.* Tum denique quia textus *d. c. consuluit*, generaliter loquitur, nec distinguit an citatus actor sit vel reus & tamen vult iudicem expectare debere, ita æquitate suadente.

His non obstar fundamentum Bartoli ex *d. l. vltim. §. final.* desumptum. Primum enim textus ille loquitur de rigore iuris, non vero de æquitate, igitur ex æquitate temperari debet *l. 8. C. de iud. l. benignius. Digest. de legibus.*

Deinde loquitur in denuntiante extraiudicialiter, qui cum, etiam elapso illo die & hora, possit adhuc denuntiare, & ideo expectari eius non multum interfit, mirum non est quod non desideratur vt expectetur. Menoch. *2. arbitr. iud. cap. 45.*

Non obstat etiam nostræ sententiæ *cap. Oblata. de appellat.* vnde sic cōcluditur à dissentientibus: Actor consensit in terminum illum: Ergo prorogari actori terminus citationis non potest; & consequenter reus non tenetur post terminum expectare actorem.

Resp. Nam respondet Menochius, textum ad actum intelligi debere de longa termini prorogatione vel restrictione, quam iudex sine causa iusta facere non possit, secus vero rem sese habere in casu proposito, vbi iusta causa potuerit interuenisse quæ modico isto tempore potuerit actorem impedire, quo minus venierit ad iudicium. Hoc porro interdictum est annale & vltra annum ab opere perfecto, vel ab eo tempore quo quis facere desiit, computandum non durat. Vlpianus in *l. 15. §. 3. & seqq. ff. quod vi aut clam.* Hoc interdictum in heredem cæterosque successores datur in id quod ad eos peruenit, & post annum non competit. Annus autem cedere incipit ex quo id opus factum perfectum est, aut fieri desiit, licet perfectum non sit: Alioquin si à principio operis cœpti annum quis nu- Lit. F.

 merat.

neret, necesse est cum his, qui opus rarissime facerent sæpius agi. Sed si is sit locus in quo opus factum est, qui facile non adiretur (vt puta in sepulchro vi aut clam factum est, vel in abdito alio loco. sed etsi sub terra fieret locus vel sub aqua, vel in cloaca aliquid factum sit) etiam post annum causa cognita cõpetit interdictum de eo, quod factum est. Nam causa cognita annuam exceptionem remittendam, hoc est magna & iusta causa ignorantiæ interueniente.

Lit. G. Dari hoc interdictum in heredes qui vi aut clam fecit, sed non in solidum, verum in id tantum quod ad eos peruenit; ait Vlpianus in loco modo citato: Etenim regulare hoc esse puto quod heredes ex delicto defuncti conueniri non possunt vltra id, quod ex delicto ad ipsos peruenit.

1. Sic enim in *l. 16. Digest. quod met. caus.* Vlpianus: *In heredem autem & ceteros* (datur actio quod metus causa) *in id quod peruenit.* Et de actione doli ita Gaius: *In heredem eatenus daturum se eam actionem proconsul pollicetur, quatenus ad eum peruenerit, id est, quatenus ex ea re locupletior ad eum hereditas peruenerit.* Et de actione, quæ in calumniatores datur, scribit Vlpianus, eã in heredẽ competere in id, quod ad eam peruenit. Idemque in *l. vnic. C. quand. ex delict. defunct.* claris atque perspicuis verbis confirmant Impp. Dioclet. & Maxim. *post litis contestationem, eo qui vim fecit, vel qui concussionem intulit, vel aliquid deliquit, defuncto, successores eius in solidum, alioqui in quantum ad eos peruenit, conueniri iuris absolutissimi est, ne alieno scelere ditentur.* His adde *l. 1. § fin. Digest. de vi & vi armat. l. 1. § fin. ne vis fiat ei l. 3. § fin. si mensor fals. mod. dix. l. 7. § fin. & l. sequent. ff. de tribut. act. l. 15. § 3. Digest. quod vi aut clam.*

2. Et ratio huius est manifestissima, quod sicut æquum est, & naturali iuri conueniens, vt quod turpiter & scelere quæsitum est, ad compendium heredis non pertineat. *l. 16. in fin. Digest. quod met. caus. l. vnic. Cod. si ex dolo defuncti.* ita quoque æquum non est heredem defuncti, vltra id, quod ad eum peruenit, conueniri: quanquam enim hæ actiones ex delicto rei persecutoriæ, ex parte actoris rei videantur esse persecutoriæ, ex parte tamen heredum delinquentis, quatenus scilicet dantur vltra id, quod ad eos peruenit, pœnam continent & pro pœnalibus habentur.

3. Præterea attendendum ob quam rationem actio ex delicto rei persecutoria in heredes detur, ne scilicet ex delicto defuncti ditentur *l. vnic. C. ex delict. defunct.*

Ne quod turpiter & scelere quæsitum est, ad compendium heredis perueniat, *l. 16. ff. quod met. caus.* Neue ex delicto defuncti locupletiores euadant *l. 26. ff. de dolo. l. 38. de Regul. Iur.* Quam rationem in eo, quod ad heredem non peruenit, deficere manifestissimum est.

Non aduersatur his, quod condictio furtiua, quam ex delicto esse constat, *§. fin. de obl. quæ ex del. nasc.* in solidum detur in heredes furis. *l. 9. ff. de condict. furtiu.* eam ob causam, quod sit rei persecutoria *l. 7. § 2. ff eod. tit.* Vnde videtur dicendum, actionem ex delicto rei persecutoriã, in heredes & successores trãsferri.

Resp. Quod enim in heredes transit, eius ratio hæc est, quod rei sit persecutor *ad. l. 7. § 2.* Quod autem in solidum datur in heredes, id inde fit, quia singulare odium furum id mereatur, *d. l. 9.* committitur itaque fallacia causæ, nec in *d. l. 7. § 2.* dicitur, id solidum dari in heredes, quia sit rei persecutoria, sed solum in heredes dari, id quod condictio furtiua cum aliis actionibus habet commune: illud singulare, quod datur in furis heredes in solidum.

Non refragatur quoque quod actio rerũ amotarum sit ex delicto. *l. si mulier.*

21. §.

in §. penult. ff. de rer. amot. & tamen in solidum detur in heredes mulieris, *l. contra 6. §. si post. ff. rer. amot.*

Resp. Non enim concedendum est, actionem rerum amotarum in solidum dari, cum *in l. fin. C. rer. amot.* diserte contrarium scriptum legatur; non obstante *d. l. 6.* non enim eius hic sensus est, quod actio rerum amotarum in solidum detur in heredes mulieris; sed quod in heredes detur; idque etiam solum ibi exprimitur. At non sequitur, actio hæc datur in heredes: ergo datur in heredes in solidum.

Insuper non obstat § *hic autem. 9. Inst. de L. Aquil.* In qua Iustinianus scribit, actionem legis Aquiliæ, quia detur de eo, quanti res eo anno plurimi fuerit, pœnalem esse, & ideo in heredes non dari, quæ daretur, si vltra damnum nunquam lis affirmaretur: hinc colligitur, quod in heredes detur de æstimatione damni actio *L.* Aquiliæ.

Hæc, inquam, obiectio nos plane non torquet: concedimus enim actionem rei persecutoriam, ex delicto descendentem, in heredes dari; Verum ita si ex delicto aliquid ad ipsos peruenerit: proinde etiam actio *L.* Aquiliæ, quatenus damnum persequitur, in heredes datur, verum ita, si ex damno dato aliquid ad heredes peruenerit, Hotom. *in d. §. hic autem 9.* Quæ solutio non est diuinatoria, sed vniuersis illis textibus cõfirmatur, quibus in id heredes ex defuncti delicto conueniri dicuntur, quod ad ipsos peruenerit.

Cæterum quod dicitur heredes ex delicto defuncti non teneri in solidum, id verum est, si lis nondum contestata fuerit: lite enim contestata non solum in id conueniri possunt, quod ad illos peruenit, sed etiam in id, quod non peruenit: hoc est, in solidum quia tunc non tam ex delicto, quam ex quasi contractu defuncti, qui litis contestatione [illegible]

l. 3. ff. de pecul. heredes tenentur. Et si hoc casu, quo lis cũ defuncto contestata fuit, etiã pœnali actione cõueniuntur in solidum, cur non multo magis actione rei persecutoria? & hoc ipsum quoque disertis verbis expressum *in l. vnic. C. ex delict. defuncti.*

RESOLVTIO THESIS *Quinta.*

Sequitur de *damno infecto*; Damnum infectum est damnum nondum datum, sed quod futurum metuitur, interprete Gaio *in l. 2. ff. hoc tit* vbi ait *Damnum infectum est, damnum nondum factum, quod futurum veremur.* De eo autem damno infecto hic sermo est quod à ruinosis ædibus vicinis metuimus. Sic igitur vicini ædes ruinosæ aut vitiosę sint & timeam ne in meas ruant & mihi damnum inferant, stipulor à vicino meo præstari mihi quanti ea res erit, si quod damnum ædibus aut rebus meis exinde contigerit; adeoque hac stipulatione mihi prospicio in futurum, ne ædes vicini ruinosa m.h. noceant. Lit. A.

Quod si stipulandi mihi nolit vicinus promittere & cauere, adeundus mihi est prætor vel prætor in iure, id est dum sedet pro tribunali & postulandum est interpellandus, vt iubeat caueri mihi damni infecti, prætor cognita causa iubet vt vicinus promittat & caueat damni infecti *l. 4. in verb.* At si prætor vt promitteres decreuiller. *D. g. ff. de damno infect.*

Quod si huic iussui nondum paret vicinus; nec damni infecti nomine mihi cauet, prætor decreto interposito, me in possessionem ædium vitiosarum mittit.

Quod si adhuc vicinus nullo [illegible] s perseuerat non cauere alio de[illegible] permittit vt ædes possideam, adeoque

adeoque hoc decreto vicinum possessione expellit & me possessorem facit. Cujac. *tract. 9. ad African.* Atque hæc est summa huius edicti de damno infecto. Illud recte ex Cujacio hic notat Treutlerus noster, tunc demum ad stipulationem, siue cautionem damni infecti perueniendum quando alio remedio mihi prospectum non est: Quandoquidem id quod alia actione obtineri potest, id in stipulationem damni infecti non deducatur.

Ratio autem huius est ista quod stipulatio damni infecti prætoria est: Nulla autem stipulatio frustra interponitur.

Atque hoc ipsum probat *l. 18. §. 7. ff. de damno infect.* illic enim ostenditur eam cautionem, quam de damno infecto emptor ante traditionem interposuit ad id duntaxat damnum emptori vtilem esse quod post traditionem, id est post adquisitum rei emptæ dominum contigerit: Idque ideo quia de damno quod ante traditionem contigerit: satis emptori cautum est actione ex empto, quam habet aduersus venditorem culpæ nomine, negligentiæ nomine, si venditor negligens fuerit in interponenda stipulatione damni infecti.

Clarius adhuc idipsum, demonstrat textus *in l. 33. ff. de damn. infect.* quo in loco Vlpianus; *Inquilino, ait, non datur damni infecti actio, quia potest ex conducto agere, si dominus eum migrare prohibet.* Subsidiaria proinde est stipulatio damni infecti, vt quæ in defectum omnis alius remedii quo aduersus damnum infectum alicui prospectum esse possit.

Item comprobatur textu *l. 13. §. de illo. 6. ff. de damno infect.* vbi dicitur: *de illo quæritur, an inquilinis suis dominus ædium cauere possit? Et Sabinus ait, inquilinis non esse cauendum: Aut enim ab initio vitiosas ædes conduxerunt & habent quod si imputent, aut in vitium ædium inciderunt & possunt ex conducto, experiri, quæ sententia verior est.*

Priusquam vero repromittatur stipulatori, cogitur is iuramentum de calumnia præstare quod nempe non calumniæ, aut domini ruinosarum ædium diuexandi causa cautionem petat *l. 7. pr. ff. hoc tit.* vbi prætor ita edicit: *Damni infecti suo nomine premitti, alieno satisdari iubebo ei qui iurauerit non calumniæ causa id se postulare.* Lit. B.

Et quin is quoque iuramentum istud calumniæ præstare cogatur, qui ædificium, cui damnum metuitur, iure habet ædificatum, dubitare non licet, cum nihilominus eo respectu calumniose petere possit de damno infecto caueri, quod reuera nullum de ruinosis ædibus damnum iure metuitur: Nec enim is solum calumniose petit cautionem qui ædificium non habet iure ædificatum, sed etiam qui cum ædificatum iure haberet nullum poterat à vicinis ædibus damnum metuere.

Cæterum non solum à veris dominis, sed etiam ab illis qui quasi domini vocantur, cautionem peti posse, certum est. De bonæ fidei possessore est textus *in l. 13. pr. hoc tit.* De emphyteuta seu eo, qui vectigalem fundum habent *in l. 15. §. 26. & 27. eod.* De Vasallo *in l. eap. vnic. de inuestit. in re aliena lib. 2. Feud. 8.* De libellario *in capit. final. qualit. olim feud. alien.* superficiarium *d. l. 15. §. 1.* Creditorem pignératitium *in l. 13. §. 1. l. 19. ff. eod.* Denique seruitutem habentem *d. l. 19. l. 20. l. 30 pr. ff. hoc tit.* Et de his dubium nullum est. Illud solum obseruari debet quod ille qui suo nomine cauet, solo verbo repromittat; qui alieno nomine cauet satisdet cum fideiussoribus *l. 13. pr. ff. hoc tit.* Etenim satisdatio prætoria regulariter fideiussores desiderat *l. 7. ff. de prætor. stipulat.* quod autem dominus de damno infecto solo verbo cauere potest, id singulari fauore eius qui fuit dominus ædium ruinosarum receptum esset monet Vdalricus Lit. C.

Lit. D. Postulandum vero cautionem damni infecti à prætore & quidem pro tribunali petendam nec alibi iure peti posse ostendit Vlpianus in *l. 4. §. 8. ff. de damno infect. Hoc autem iudicium certam conditionem habet, si postulatum est: Caterum qui non postulaverit, experiri non potest: postulare autem proprie hoc dicimus pro tribunali petere, non alibi.*

Quæ. 30. An libello opus sit in petitione cautionis damni infecti? Et ratio est, quia hæc res cognitionem causæ desiderat, quæ fieri non potest nisi pro tribunali.

Sed numquid libello & litis contestatione opus sit, disquiritur? Affirmat Bartolus in *d. l. 4. §. 8. ff. hoc tit. num. 10. & 11.*

Pro qua sententia adducit hanc rationem quod cautio damni infecti petatur officio Iudicis nobili: quæ autem officio iudicis nobili petuntur ea libellum desiderant *l. stipulationes alia. ff. de verbor. obligat.*

2. Deinde quotiens officium iudicis imploratur in forma iudicii totiens libellus est necessarius *l. 2. §. dies. ff. quis ordo in bon. poss. servet.*

3. Dicitur præterea causa cognita fieri cautionem damni infecti. *l. prator. pr. ff. hoc tit.* At quæ causæ cognitionem desiderant, libellum requirunt.

4. Denique pro eadem opinione videtur textus esse in *d. l. 4. §. 6. verb.* est tamen tutius libellum proponere.

Cæterum contraria opinio verior est; ac probatur exinde quod in cognitionibus summariis non offertur libellus: Præsens autem causa, vt quæ celeritatem desideret, *l. 1. ff. hoc tit.* expediri debeat summaria cognitione. Zasius ad *d. l. 4. §. 8. n. 12.* Quocirca ad cautionem damni infecti petendam non est necessarius libellus. Et quod in omnibus causis summariis, qualis qualis petitio etiam sine scriptis facta sufficiat patet ex *Clement. sape de verb. signific.* Non igitur obstant argumenta Bartoli quia non procedunt in causis summariis quæque summariam requirunt causæ cognitionem.

Nec refragatur quicquam *d. l. 4. §. 6.* non enim illic agitur de libello supplicatorio pro cautione damni infecti prætori offerendo, sed tractatur de edicto prætoris, quo absenti ædium ruinosarum domino denuntiat vt caueat, aut cognitioni adsit. Zasius *d. loco.*

Minus obstat *l. 9. §. 1. ff. de officio Proconsulis.* Nam si quid ad rem facit probat potius contrariam sententiam, quod cum decretum desideret damni infecti cautio non possit per libellum expediri.

Sed vtrum litis etiam contestatio sit necessaria ad petitionem præsentis cautionis, ambigitur? Bartolus & Zasius in prædictis locis affirmant.

1. Quia vbicunque speratur ferri sententia, ibi opus sit litis contestatione *l. 1. C. de lit. contest.*

2. Quia etiam in summariis causis & cognitionibus desiderari litis contestationem probat *l. Tigni §. Tignis ff. ad exhibend.* vbi dicitur in actione ad exhibendum requiri litis contestationem: Actio autem ad exhibendum requirit summariam cognitionem *l. 3. §. sciendum. eod. tit.*

Sed ab hac sententia discedit noster Treutlerus, statuens nec litis contestatione hic opus esse. Ratio ipsius ac fundamentum consistit in eo quod in summariis causis litis contestatione non sit opus *arg. authent. Nisi breviores, C. de sent. ex pericul. & prolixe docet Petr. Gilckenius in l. vnic. n. 52. & seqq. Codic. de lit. contest.*

Nec obstat prima Bartoli ratio, quia ab ista regula excipitur causa summariam cognitionem requirens, per ea, quæ modo sunt dicta.

Non obstat alterum fundamentum, quia *d. l. Tigni §. si quis* non probat neces-

 sariam

sariam esse litis contestationem, sed litis contestationem interuenire possit. Deinde obseruandum est in cautione damni infecti maxime summariam, & imo summarissimam cognitionem desiderari, cum res ipsa de qua cauendum est dilationem & moram non patiatur, sed maximam, requirat celeritatem *l.1.ff. de damn.*

Relinquitur proinde ad damni infecti cautionem nec libellum nec litis contestationem requiri.

Quæst.31. An in causa damni infecti prætor tria, an vero duo saltem interponat decreta?

Tria interponi decreta in causa damni infecti contra communissimam Interpp. opinionem recte statuit Iacobus Cuiacius *tract.9.ad Afric. in explicatione l. 44.ff.hoc tit.*

Quæ sententia ipsius à veritate iuris non abhorrere, sed eidem per omnia conformis esse videtur.

Etenim primo tunc prætor decretum facit de præstanda cautione deque stipulanti repromittendo quando dominus ædium ruinosarum sponte non vult cauere & repromittere stipulanti textus sunt expressi in *l.15.§. Eleganter. in verb. prætor. tamen decernere debet vt quicquid damni contigerit.* Et in *verb. quod vtiliter actionem daturus sit, decernat. l.44. in verb. At si prætor vt promitteres decreuisset. ff. de damn.infect.*

Primum igitur decretum est quod facit prætor de repromittendo; de actione danda aduersus dominum ædium ruinosarum, si nolit cauere.

Secundum decretum est quod prætor aduersus dominium ædium primo decreto non obtemperantem interponit de mittendo aduersario in ædes ruinosas *l.15.§.si quis autem.ff.eod.*

Tertium decretum est quo prætor permittit mihi possidere ædes ruinosas *d.l.15.§.vbi autem me. & §.posteaquam.*

Et quanquam hæc duo postrema saltem decreta agnoscant Interpp. nostri primi vero illius nullam penitus rationem habeant: textibus tamen iuris inspectis ac probe consideratis, à sententia Cuiacii hic recedendum non existimo.

Nec enim video qua ratione primum decretum negari possit, aut quanam responsione adductis textibus satisfieri queat.

Quæ.32. An damni infecti stipulatio sit cautionalis?

Stipulationem damni infecti esse cautionalem nō est dubitandum, cū eo vnice spectet vt sacri dāno relarcēdo cautum sit illi, qui suis ædibus à vicinis ruinosis damnum aliquod metuit; prout ex prædictis liquet.

Nec propterea quod præcedentem obligationē non nouat, eò quod alio remedio competente deficiat *l.7.§.1.ff. hoc tit.* eam cautionalem esse negari potest; Cum vel ideo dicenda sit cautionalis, quod ea non interposita, ei qui damnum passus est nullo remedio cautum sit Anton.Faber *3.coniect.1.*

Cum igitur stipulationis huius tota vis consistat in cautione, cautionalis merito dicetur.

Supra ostendi quod si suo nomine caueat quis, stipulatio sufficiat; sin nomine alieno, siue procuratorio, satisdatio desideretur, Cuius etiam ratio allata fuit ex Vdalrico Zasio.

Hanc vero satisdationem, quia prætoria est, non aliter, quam datis fideiussoribus, fieri posse, certissimum est.

Ita in *l.7.ff.de prætoriis stipulat.* hac ipsa de re Vlpianus scribit: *Prætoriæ satisdationes personas desiderant pro se interuenientium, & neque pignoribus quis neque pecunia, vel auri, vel argenti depositione in vicem satisdationis fungitur.*

Quandiu porro duret hæc cautio explicatur in *l.13.§.final. Digest.de damno infect.* vbi hoc tempus arbitrio iudicantis definiendum relinquitur. verba legis

legis hæc sunt: *Huic stipulationi debet dies esse insertus, intra quem si quid damni contigerit, cautio locum habet: Neque enim in infinitum obligatus esse debet stipulatione, ipse igitur prætor diem dabit stipulationi æstimatione habita ex causa & ex qualitate eius damni quod contingere speratur: In causæ cognitione etiam longinquitas soli & operis magnitudo spectanda est.*

Sed hoc ita procedit quando opus factum est in priuato: Nam si in publico, tempus cautionis huius est 10. annorum. *l.15. §.2. eod. Deinde ait prætor, De eo opere, quod in flumine publico ripaue eius fiet in annos decem satisdari iubebo. Hic exigitur satisdatio & tempus stipulationi præstituit idcirco, quia in publico fit. Cum autem in alieno fiat, satisdationem prætor iniungit.*

Quæst. 33. *An socius socio cauere debeat damni infecti nomine?*

An socius socio damni infecti caueat quæstionis est? pro Negatiua sententia inprimis militat textus in *leg. 32. Digest. de damno infect.* in qua Gaius hæc in verba scribit: *Si ædibus meis proxima sint ædes meæ & tuæ, quæritur an si hæ vitium mihi faciant cauere mihi debeas pro damno propriarum mearum ædium, scilicet pro qua parte dominus existes, & hoc plerisque placet sed mouet me quod ipse meas ædes reficere possum & impensas pro socio aut communi diuidundo iudicio pro parte consequi. Nam est si vnas ædes communes tecum habui eaque vitium faciant & circa refectionem earum cessare videaris: Nostri Præceptores negant cauere te debere quia ipse reficere possum recepturus pro parte quod impenderim iudicio societatis aut communi diuidundo, ideo & interpositam cautionem minus vtilem futuram, quia alia ratione mihi damnum posset sarciri & est plane nostrorum præceptorum hæc sententia, vt credamus inutilem esse damni infecti stipulationem, quo casu damnum alia actione sarciri possit quod & in superiore casu intelligendum est.*

Et sane optima videtur esse ratio qua vsus fuit hic ICtus Galus: Etenim stipulatio damni infecti prætoria est: At frustra prætoriam actionem quis desiderat, vbi ciuilem actionem habet. *leg.1. Digest. de public. §. Namq. 4. Inst. de action.*

Et alias regula receptissima est quod ad cautionem damni infecti non sit recurrendum quando alio remedio iuris alicui, qui damnum metuit, prospectum esse potest. *l.12. ff. de damn infect. l. 18. §. ei cuius. cum §§. seqq. ff. de damn. infect. l. 13. § de illo & l.33. ff. eod.*

Excipiuntur tamen duo casus, quibus socius socio damni infecti nomine cauere cogitur primus est cum alter sociorum solus ædificat & vitium ex opere futurum est: Alter cum vnus sociorum preciosiora ædificia habet & plus damni sensurus est, decedente pariete communi. Ita Pomponius in *l.39. Digest. eod. Inter quos paries communis est ædificiorum nomine quæ quisque propria habet, stipulari damni infecti solet: Sed tunc ea cautio necessaria est, cum aut alter solus ædificat, & vitium ex opere futurum est aut alter pretiosiora ædificia habet, & plus damni sensurus sit, decidente pariete: Alioquin si æquale periculum est, quantum quis vicino præstat, tantum ab eo consequitur.*

Ratio autem prioris exceptionis hæc est, quod vno duntaxat ædificante, damnum factum iudicio communi diuidundo aut pro socio sarciri non potest, cum vtrumque iudicium non aliter locū habeat, quam si de re communi agatur; id quod hic non accidit, quia præsupponitur socii proprias ædes ex communi ruina damnum passas fuisse.

Quod ad posteriorem exceptionem attinet, recte mouet Antonius Faber *2. coniect. 9.* quod de eo casu intelligi debeat, quo neuter sociorum ædificat alter tamen altero pretiosiora habet ædificia: Idque ideo, quia si de vno ædificante intelligi deberet,

nihil omnino à priori exceptione differret sin de vtroque ædificante non posset distingui an vnus ex illis magis damnum passurus sit quod forte pretiosiores ædes aut melius instructas habet, quia cum hoc casu vtriusque opere & facto paries decidat, in vtriusque pari causa nihil alteri præstari debet *l. 40. §. 1. ff. de damn. infect.*

Nec obstat quod is qui pretiosiora habet ædificia possit parietem cuius ruinam veretur reficere & impensas communi diuidundo aut pro socio iudicio consequi *d. l. 32.* vt ita isto, quem diximus, casu non videatur necessaria esse damni infecti cautio.

Respondet enim Faber, ista ratione non obstante, posse adhuc contingere vt necessaria sit damni infecti cautio, si is qui pretiosiora ædificia habet nolit communem parietem reficere: Quid enim si aut pecuniam in promptu non habeat, aut, si quam habet, fœnori potius collocare, quam in refectionem impendere velit? Iniquum sane esset periclitari eum nec à socio de damno infecto pro ipsius parte stipulari posse.

Cæterum Anton. Fab. *d. coniect. 9.* in eam inclinat sententiam quod etsi socio non sit regulariter necessaria cautio damni infecti, sit tamen vtilis; Et ideo sociorum à socio damni infecti stipulari posse.

Idque exinde probat quod in *d. l. 32.* quæstio non fuerit proposita an socius socio de damno infecto cauere possit, sed an cauere debeat; Et responderit ICtus inutilem esse stipulationem, id est caueri non debere quia socio alia actione & remedio ciuili prospectum sit. Vnde conijcit Faber in *d. l. 32.* Caium dixisse *inutilem* pro *non necessariam.*

Verum præterquam quod hæc interpretatio valde dura est, ac genuinæ vocis significationi, cui in dubio inhærendum est *l 69. Digest. de legat. 3.* plane contrariatur, Certum etiam est & explorati iuris quod quandiu alia actio competit, damni infecti cautio non admittatur: Ita quippe Vlpianus in *L. 33. Digest. de damn infect. Inquilino*, inquit, *non datur damni infecti actio, quia possit ex conducto agere, si dominus eum migrare prohiberet.* Cum itaque non detur damni infecti stipulatio et qui actionem aliam habet, idcirco socio non solum non est necessaria damni infecti stipulatio, sed eidem quoque prorsus denegatur.

RESOLVTIO THESIS
Sexta.

QVod si primo decreto prætoris, quod fecit de cautione damni infecti nomine præstanda dominus minorsarum ædium non obtemperauit, prætor ex secundo decreto, quod interpp. nostri primum appellitant, mitti in bonorum possessionem eum qui damni infecti nomine sibi caueri postulauit. Ex hoc autẽ decreto qui missus est, non consequitur possessionem sed rei in quam missus est duntaxat custodiam, *l. 3. §. fin. Digest. de acquir. poss.* vbi Paulus hoc modo scribit: *Quod autem Quint. Mucius inter genera possessionum posuit, si quando iussu magistratus rei seruandæ causa, vel quia damni infecti non caueatur mitti, possidemus; ineptissimum est. Nam qui creditorem rei seruandæ causa, vel quia damni infecti non caueatur mittit in possessionem, vel ventris nomine, non possessionem, sed custodiam rerum & obseruationem concedit.* Quæ. 34. *An ex primo decreto missus etiam sequatur possessionem.*

Nec huic contrarium est quod in possessionem mitti dicitur; exinde quippe non sequitur quod possideat: aliud quippe est possidere & aliud esse in possessione

sessione *l.10. Digest.d.tit.de acquir possess.* in verbis: *aliud est enim possidere: longe aliud in possessione esse: Denique rei seruandæ causa, legatorum, damni infecti non possident, sed sunt in possessione custodiæ causa.* Giphanius & Duaren.ad *d.l.3.§.fin.* Corasius.*ad l. fin. §.Iulianus Digest.de damn. infect. n. 32.* Iacob. Cuiacius ad *l.44.eod. tit.tract.9.ad African.*

Et huius sententiæ duplicem rationem adducit Menochius de *Retin. possess. rem.3.173.*

1. Quia prætor iure extraordinario succurrit opus infectum metuenti. Nam iure ordinario mittendus fuisset in personæ possessionem, non autem in possessionem rei, quia persona obligata fuit non res. Cæterum quia libera persona possideri non potest *l.cum heredes. §.vltim. Digest.de acquir possess.c.2.de pignoribus* idcirco ei succurri vt in possessionem rerum mittatur, non vt possideat, sed vt detineat causa custodiæ, donec debitor affectus tædio, ad iudicium veniat *s.quoniam frequenter. §.vltim. vt lit.* non contestata.

2. Altera ratio hæc est, quod prætori iniquum visum fuerit ob solam leuem contumaciam priuare debitorem sua possessione, quæ maximum adferre solet commodum *§. commodum.I.de interd.* eique ius quæsitum auferre.

Non aduersatur præterea *l.5.§.1.ff. vt legat nom. cau.* Nam ea lex continet casum singularem qui fauore executionis vltimæ voluntatis nititur.

Quæ.35. An tunc possessor fiat quando in executione sententiæ quis missus est? Quæstio succedit magis controuersa, anne is qui in executione sententiæ definitiuæ missus est ex primo decreto in possessionem, possessor efficiatur & habeat interdictum vti possidetis? Affirmatiuam defendit Bartolus in *l. A diuo Pio.§. si super num. 12. Digest.de Re indicat.* Fundamenta eius hæc sunt.

1. Et primo adducit *l. postquam.§. Imperator.ff.vt legator.nom.causae.*

2. Allegat deinceps *l.3. Cod.qui pot. in pign.* quo textu probatur eum, qui ita, vt diximus missus est in possessionem, cæteris præferri. Vnde sequitur quod possideat.

Loquitur quippe iste textus de pignore quod ex missione in possessionem quis consequitur, hoc autem pignus comparatur conuentionali non prætorio cum diuersi sint tituli *de prætorio pignore & tit.ff.in causa indicati.* Atqui missus ex conuentionali pignore possidet *l.qui pigneris.ff.de acquir.poss.*

3. In *l.properandum.§.fin autem reus. Cod.de iudic.* vbi scriptum est per capturam rerum debitoris satisfieri creditori pro quo lata fuit sententia. Postmodum in fine dicitur quod reus non recuperat possessionem, nisi soluat. Ergo per illam capturam bonorum atque ita per illam missionem possessio translata dicitur.

Cæterum contraria opinio receptior est. Et maxime probatur *l. 3. Cod.qui pot.in pign.* vbi scriptum est eum qui in executione definitiuæ sententiæ missus est in possessionem, censeri missum in possessionem causa rei seruandæ. Vnde sequitur quod non possideat *l.si duo §. creditores.Digest.vti possidetis.l. cum legati. Digest.quib.ex caus.in poss.eat.*

Non obstat primum prioris opinionis argumentum: Nam, vt supra quoque responsum fuit, continet *d.§.Imperator.* singularem casum fauore executionis vltimæ voluntatis. Vt taceam quod illic executio non sit facta in executionem rei iudicatæ: Nam tametsi lata sententia fuerit non tamen res iudicata dicitur ex quo ab ea sententia fuit appellatum.

Ad secundum respondetur plane:

prætorium sub iudiciali comprehendi *l.1. & 2. C. de prætor. pignor.*

Ad tertium & vltimum responde-tur *in d. §. sin autem reus.* non agi de hac missione in possessionem quæ conceditur solum ad coercendam contumaciam adversarii, quæ quidem rei seruandæ causa fiat, sed de ea missione, quam facit prætor & iudex post adiudicationem factam actori, vt illi satisfiat ratione crediti vel iuris sui, cuius causa actionem mouit; vt probant verba l. sta, *per res & facultates fugentis victori satisfiat.*

Quocirca Menochius putet possessionem significare illic proprietatem ipsam; *l. possessio. Digest. de verborum significatione*

Quod si nondum venit is cuius in ædes missio facta est cautionemque præstat ad secundum decretum proceditur.

Porro ad secundum decretum ita peruenitur, quia iterum reus contumax citabitur. Cum enim lex dicat causa cognita ad secundum decretum deueniendum esse, *l. dies cautioni*, §. *si forte hoc tit. l. 3. §. fi. Digest. de acquir. poss.* manifestissimum sit vocandam esse partem, *l. in causa. §. causa autem cognita. ff. de minorib.* Quod si adhuc contumaciter adsit præconio, consanguinei & amici, quos verisimile est absentis defensionem non omissuros, sunt requirendi & interrogandi, an absentem defendere velint. *l. hoc autem. §. 1. Digest. quib. ex caus. in poss. eat. l. ergo. Digest. ex quib. caus. maio.* Accur. in *l. 2. Digest. ex quib. caus. in poss.* Vt enim contra absentem procedi possit, amicorum citatio necessaria est, Glossa in *c. consultationibus, de offic. deleg. & in cle. 1. de iudic.*

Sed Pet. Cin. in *l. 1. ff. si ex nox. causa aga.* hoc minime necessarium putant, cum eos vocare satis sit, qui ius habent in processu causæ, *l. 1. §. de inspiciendo. ff. de vent. inspic.* præterquam in duobus casibus.

Primus cum contra absentem probabili & necessaria causa absentiæ, puta Reipublicæ procedendum est, *d. l. ergo.* aut contra minorem, qui legitimam personam standi in iudicio non habet, *d. l. hoc autem. § 1.* qui tex. hanc opinionem euidentissime probat, cum vult requirendos non esse cognatos, aut amicos, si pupillus tutores habeat, qui euocari possint.

Rectissime itaque Iohan. Imol. huic opinioni subscribens, dicit factum tutius esse, vt amici quoque citentur: & si factum non appareat, non ob id processus vitiabitur, & hæc (auctori Alex. hic) est communis opinio, contra quam, vltra alios, induco *l. fin. Digest. vbi pup. educ. deb. & l. aut qui aliter. §. 1. Digest. quod vi aut clam*, quæ leges aperte dicunt, euocandos esse affines aut amicos: cum proceditur contra absentem, qui neque minor erat, neque causa Reipublicæ, aut alias probabili & necessaria aberat.

Ego itaque distinguerem, aut absens semel fuit inuentus, seu in personam citatus, & tunc eo in contumacia perseuerante, satis esse putarem, si ad domum, in qua degit, denuncietur: aut si habitationem non habeat, ad rem contentiosam, vel procuratori eius, vel inquilinis, aut (ad extremum) ad Ecclesiam, *l. mi. §. prætor ait. hoc tit.*

Is enim, cui semel notificatum est: si absit, præsumitur latitare, vt hic Batt. *col. 4.* docet, *cap. causam, quæ*, & *cap. fin. de do. & contum.* Aut repertus non est absens, & tunc consulerem vocari amicos, & affines absentis, vbi de graui præiudicio tractatur, *d. l. fin. Digest. vbi pupill.* Veluti in interpositione secundi decreti: ex qua cum transferatur dominium, negocium graue & arduum dicitur.

Neque

Neque his obstat *l. scire oportet*, §. *qui autem. 2. resp. Digest. de excus. tuto.* quo loco IurisConsul. alternatiue dicit absenti manifestandum esse vel in faciem, vel in domum. Proinde sufficere videtur sola citatio ad domum, si personæ copia haberi non potest: quum alterum alternatiue membrum satis sit interuenire, *l. si heredi, plures. ff. de conditio Inst.* Nam (vt Bart. & alii tradunt) *in d. §. Prator ait.* ea est alternatiua ordinis, vt sic velit tex. in faciem primum, deinde ad domum, si personaliter reperiri non possit.

Neque propterea negare IurisConsultum puto, qui n amici quoque vocandi sint, cum alibi citationis ita distinxerit, vt primum parti, deinde amicis vel parentibus, postremo ad domum denunciandum sit, *l. 1 §. 1. Digest. de lib. agno.* ex qua per manus traditum est, citationem ad domum subsidiariam esse, atque ita demum valere, si non possit haberi copia illius, qui citari debet partis aut procuratoris.

Hinc finita est antiqua illa Doctorum quæstio, nunquid ad secundum decretum, vt perueniatur, sufficiat, quem citari ad domum. In qua ita distinguebant, vt si quis non actione in sua persona residente, sed vitio rei suæ conueniatur, vt in causa damni infecti, & noxali ad domum citare satis sit: quum tunc non requiratur latitatio, vt vel ex eo liquet, quod contra absentem etiam Reipubl. aut ex alia iusta causa interponi secundum decretum possit, *l. 2. Digest. si ex noxa. caus. agat.* quanquam ad illud festinare Prætor non debeat, *§. si forte, huius legis.*

Cæterum si actione in propria persona residente quis conueniatur, ad domum citare non sufficit: cum latitare non dicatur, & contra eum tantum, qui fraudationis causa latitat, secundum decretum interponi possit, *l. Fulcinius, §. 1. & 2. quib. ex caus.* præterquam in tribus casibus.

Primus, si Interponatur pro executione sententiæ Ang. hic per *l. properandum. §. sin autem reus, C. de iud.* & *l. à Diuo Pio, §. si p gnora. ff. de re iud.* quod & si iura non prohibent, ipse tamen verum puto: quoniam licet vere latitare non dicatur, præsumptiue tamen latitat. Nam qui semel fuit in iudicio, si abest, fraudationis causa latitare præsumitur, Bart. *in d. l. Fulcinius, §. quid sit, & in l. 4. §. prator ait. col. pen. huius tit.* post Din. *in c. pro possessore de Reg. iur. in 6.*

Alter casus, vbi secundum decretum interponitur gratia actoris & rei, cuius intererat solui, quia debitũ erat vsurariũ, vel pœnali, atque ita quotidie crescebat, vt sic magis expediret absenti peruenire ad secundum decretum, quam differri, Accurs. *in l. si non expediret, Digest. de bon. auct. iud. possid.* Facit textus in argumentum *in l. debitor. ff. de neg. gest.* Tunc enim poterit interponi, etiam contra non latitantem, Inno. *in c. dilecto. de verb. signif.* Bald. *in Authen. ei qui col. 14. C. de bon. auct. iud. possid.*

Tertius casus, si mora periculum creditori esset allatura, quare contra furiosum, pupillum, prodigum, absentem, cæterosque qui curatorum ope iuuantur, qui tamen non se occultant, ad secundum decretum, dato prius curatore, bonis non defensis, deueniri poterit, *l. Fulcinius. §. adeo.* & plane interdum, nempe longa nimis esset dilatio, si necessum haberet creditor expectare, quod furiosus sanam mentem, prodigus bonos mores reciperet, quod pupillus maior fieret, & absens reuerteretur, quod & absentem Reipublicæ gratia protrahit Accurs. *sing. in l. eum qui 1. ff. de priuileg. credit.* Bald. *in l. si minor. Digest. de bon. auct. iud. possid.*

Nam

Nam contra alium absentem, etiam iusta causa, puto, captum ab hostibus, & quemcunque alium non latitantem expeditum est, dato curatore bonis absentis, actore petente: si graue æs alienum vrgeat bonorum venditionem permitti, *l. ab hostib. ff. quib. ex cau. maior. l. in possessionem, in fin. Digest. quib. ex cau. in poss. ea.* alioquin nullum esset secundum decretum contra non latitantem interpositum, *d. l. Fulcinius.* scribit, *Roma cons. 454.*

Plane ad primum decretum contra non latitantem, puta, absentem, qui Reip. causa sine dolo malo abfuit, perueniri potest, *l. ignorante, C. de testa. milita.* quod verum declarat Cast. si in personali actione fiat missio: quum ea præiudicialis non sit, propterea quod missus non acquirat possess. sed tantum custodiam, *l. 3. §. si. de acquir. poss. l. quum legati. ff. ex quib. caus. in possess.* ne grauetur onere probandi reus, si velit tenutatam datam ex primo decreto recuperare reficiendo expensas, & præstando satisdationem de iudicio sisti *auth. ei qui iurat, Cod. de bon. auct. iud. possid.* secus in reali: in qua latitatio necessaria est; quam sit præiudicialis. Nam actor immissus possessor efficitur, *l. si quis emptionis. §. pe. C de præscript. 30. vel 40. an.* Vnde in aduersarium transferat onus probandi de iure suo, *l. si prius. ff. de nou. oper. nunciat.* Alex. reprobat Castrensis limitationem per *l. 2. in fin. C. vbi in rem actio. exer. deb. & l. consentaneum. C. quomodo & quando iud.* vbi satis est vt procedatur ad missionem in possessionem ex primo decreto reum conuentum actione reali citatum fuisse, & contumacem; eo quippe casu missus possessor efficiatur, & onus probandi transferatur in reum, qui de iure suo, hoc est, de proprietate necessum habet probare. Ego côtra Castr. cito textum expressiorem *in l. Fulcinius. vers. Celsus. ff. quib. ex caus. in poss. eat.*

Quæst. 36. Illud porro quæstionis est intra quodnam tempus decretum hoc interponi debeat? Variæ equidem sunt de hac controuersia Intepp. opiniones ex omnibus tamen eam optimam iudico quod arbitrio iudicantis relinqui debeat quantum temporis inter primum ac secundum decretum intercedere debeat. *Intra quodnam tempus secundum tempus debeat interponi.*

Ego verissimam illorum iudico sententiam qui statuūt totū hoc arbitrio iudicantis committendum esse: Ratio est quia quæstio hæc nullibi in iure nostro est definita, igitur iudicis arbitrio definiendā relinqui debet *l. 1. ff. de iure deliberand.*

Huic sententiæ non obstat primo, quod per decennium expectari debeat morator. *§. Et cum placitum. l. de vsucap.* ex quo concludendum videtur quod tantum tempus à primo decreto expectari debeat vsque dum secundum interponatur.

Etenim argumentum hoc procedit à separatis & plane diuersis.

Non obstat etiam quod biennium videatur sufficere ad secundum interponendum decretum, quia ad dominium impetrandum biennium requiritur *l. vlt. Cod. de iure dom impetrand.*

Etenim in eo demum casu procedit textus iste quo pignus conuentionale distrahendum est, vt si à die interpellationis non satisfaciat, per biennium alienari possit in quo pignore conuentionali creditor maius ius habet, cùm iam possessionem habeat *l pignoris ff. de acquir. possess.* quæ non est in eo, qui missus est in possessionem ex primo decreto, quod pignus prætorium dicitur: Debitum autem conuentionale non redditur, nisi debitum soluatur sed pignus prætorium solum refectis impensis & purgata contumacia restituitur.

Tertio non refragatur quod præfatum tempus esse debeat vnius anni *l. si quis*

quis emptionis. § penult. C. de præscript. 30. vel 40. annor. Cæterum loquitur iste textus in materia præscriptionis à præsenti & nostra penitus diuersa: argumentũ proinde illud, quod ex ea lege, *si quis empt.* deducitur à separatis procedit ac proinde nihil concludit.

Non obstant porro *l. 2.* & *l. vlt. C. de vsur. rei iudicat.* Nam & illæ in casu penitus diuerso loquuntur, dum scilicet constituunt post quadrimestre à die factæ condemnationis vsuras currere centesimas.

Non etiam refragatur *l. debitoribus. ff. de re iudicat.* quo loci terminus duorum mensium statuitur debitoribus ad soluendum: Etenim & hic textus extra terminos propositæ quæstionis loquitur, quandoquidem in præsentiarum nobis de definitiue cõdemnatio sermo non est.

Obiici etiam solet textus *in l. fin. §. fin autem. C. de bonis Authorit. Iud. c. possid.* Sed nec hic textus ad rem quicquã confert: Tum quia, monente Andrea Alciato *l. 6. 1. disp. c. 19.* Verba ista, *post di finitum à nobis tempus*, in veteri Codice non habentur: Tum quia adhuc valde incertum est, quodnam illud tempus sit, quod à Iustiniano definitum esse dicitur.

Opponitur etiam textus in *l. promissor stuhi. §. 1. ff. de constit. pecun.* vnde conantur euincere, quod prædictum tempus, intra quod secundum decretum interponi debeat, sit decem dierum; Veruntamen tempus hoc paulo angustius foret, & insuper loquitur textus iste extra nostros terminos, non de decreto secundo, sed de pecunia cõstituta, intra quodnam videlicet tempus agi possit ex constituto de constituta pecunia.

Quocirca, hisce opinionibus remotis, relinquitur verum id quod diximus, arbitrio iudicis hoc omne relinqui oportere, intra quodnam videlicet tempus secundum decretum interponi debeat: Quod enim iure ciuili decisum non habetur, id arbitrio & discretioni iudicis decidendum relinqui intelligitur, *l. final. ff. de iure deliberand.*

Ex secundo decreto in bonorum possessionem missum verum effici rei possessorem dubitandum non est propter textus expressos in *l. 10. §. 5. si forte. Dig. ff. de damn. infect. l. 5. §. 2. Digest. quib. ex caus. in poss. eat. l. 9. §. 6. l. 31. §. 1. Digest. de reb. autor. Iud. possid.* Vt ita inter primum & secundum decretum hæc sit differentia, quod ex primo decreto solum custodia, ex secundo autem possessio transferatur in eum, qui missus est in bonorum possessionem. Lit. C.

Sed nunquid etiam dominium in eum, qui missus est, transeat, quæstio est?

Pro illorum sententia, qui aiunt dominium verum transferri & illi, qui in bonorum possessionem missus est, acquiri, sequentia militant argumenta.

1. In *l. 1 ff. de fundo dotali.* expresse dicitur vicinum in bonorum possessionem missum, deinde iussum possidere, fieri dominum.

2. In *l. sed si res. C. comm. diuid.* iussi ædes possidere dicuntur ex hoc dominium ædium nancisci.

3. In *l. communi 7. §. si duo 4. versic. plane. ff. comm. diuid.* iussus possidere damni infecti causa dicitur habere rei vindicationem. Cui est consequens quod sit dominus *arg. l. 23. pr. ff. de Rei vindicat.*

4. In *l. 3. §. 1. ff. de Reb. eor. qui sub tut.* alienatio fieri dicitur rei pupillaris per secundum decretum quo creditor iussus fuit rem pupillarem possidere.

5. In *l. 2. C. si ex noxal. caus.* iussu prætoris seruus ex causa noxali, quia à domino non defenderetur ductus, dicitur esse in bonis actoris, siue eius qui duxit.

6. In *l. 15. §. 16. ff. de damn infect.* expresse dicitur eum, qui in possessionem damni infecti nomine mittitur, secundo decreto dominum effici.

7. Et in *ead.l.15.§.33.*is, qui ex secundo decreto in bonorũ possessionem missus est, dicitur iure dominii possidere.

8. Et quod ex missione secundi decreti dominium trãsferatur post Accursium ad *l.pretoris officium.ff.de damn.infect.* statuunt Æguinar. Baro *lib. 6. manual. tit. de bonor.poss.* Vaud. *lib. 1. variar. quæst.37.* Anton. Cont. *lib.1.c.8.circ.princip.* Hubertus Giphan. ad *d.l.10.n.11. & seq.de acquir. vel amitt.poss.*

Sed pro contraria opinione hæc proferri solent argumenta.

1. In *l.5.ff.de damn.infect.l.15.§.16.ff.ead.* diserte dicitur, eum qui ex secundo decreto in bonorum possessionem missus est, rem in quam est missus, vsucapere: Iam vero vsucapere non posset, si iã rum ipsius dominium haberet argum. *§.sic ita discretis.I de action.*

2. Accedit huic quod prætor non potest facere dominum, sicut nec heredem facere potest *pr.I.de bon poss l.qui vsumfructum.ff. si vsusfr. petat*, qua igitur ratione dominus fieret is, qui in bonorum possessionem à prætore missus est?

3. Deniq; in edicto damni infecti & in edicto de creditoribus in possessionem mittendis nulla fit mentio dominii, sed tantum possessionis.

Circa horum vtriusq; sententiæ fundamentorũ conciliationem nõ vno modo distingui solet ab interpretibus iuris.

Nam Iacobus Cuiacius *tr.9.ad Africanum in l.43. Digest de damn. inf. & lib.21. obseruat.36.* statuit eum, qui possidere iussus est, fieri dominum possessionis, non vero proprietatis, antequam rem vsuceperit.

Verum hæc sententia merito reiicitur propterea quia textus antea adducti nõ loquũtur de possessione aut possessionis dominio, sed de dominio rei ipsius.

Iohannes Vaudus in loco supra citato ait, eum qui à prætore iussus est possidere, commodum duntaxat possessionis & vsucapiendi potestatem consequi, nec secundo decreto, sed possessione duntaxat dominum effici.

Sed & huic sententiæ opponit Caspar Schifordeck *lib.1 tr.2.q.4. l.1. Digest. de fund.dot.* cæterosque textus, in quibus dicitur secundo decreto dominum à prætore constitui.

Ipse proinde Schifordeck *d.q.4.* secutus Antonium Fabrum *de. error. pragm. decad. 10. err. 6. & lib.7. coniect. cap. 4. & lib. 20. conj. c.11.* Petr. Gitken *tract. de præscript. p. 2. membr. 2. c. 5. num. 26.* statuunt eum, qui in bonorum possessionem mittitur, damni infecti nomine, ex secundo decreto fieri quidem dominum bonitarium, sed per possessionem & vsucapionem effici postea dominum Quiritarium.

Pro qua distinctione & sententia facere videtur textus in *l.15. §.16. Digest. de damn.infect.* vbi dicitur eum qui in bonorum possessionem mittitur, non prius incipere per longum tempus dominium capere, quam secundo decreto à prætore dominus constituatur. Ecce hic dicitur à prætore per secundum decretum dominus constitui ille, qui à Prætore in bonorum possessionem mittitur, atque ex eo tempore eandem rem longo tempore capere. Proinde prius ex secundo decreto dominium acquirit ac nanciscitur bonitarium, postea per vsucapionem siue longi temporis præscriptionem Quiritarium etiam dominium obtinet.

Cæterum hæc distinctio etsi olim in vsu fuerit, eiusdemque nonnulla vestigia etiamnum in iure ciuili extent, vtrum tamen huc ad propositum accommodari queat, valde dubito, propterea quod textus cæteri indistincte de dominio ex secundo decreto ei qui missionem impetrauit acquirendo loquuntur, nec vllo verbulo eiusmodi distinctionem insinuent.

Quocirca

Quocirca ab illorum Dd. sententia hoc loco recedendum non arbitror atq; sic omnino statuendum existimo; eum qui ex causa damni infecti ex secundo

Quæ. 37. *An secundum decretum faciat dominum?* decreto iussus est possidere non statim dominum fieri, sed possidere incipere & possidendo rem vsucapere; per textum in *l. 5. pr. Digest. de damn. infect. l. 15. §. 16. eod.* vnde illi textus in quibus dicitur missum in bonorum possessionem fieri dominum, veluti in *l. 1. Digest. de fund. dotal l. sed si res Digest. comm. diuidund. l. 15. §. 16. & §. 33. Digest. de damn. infect.* Ita intelligendi videntur, non quod statim, directo atque immediate domini fiant, qui in possessionem bonorum mittuntur, sed quod domini efficiantur ex secundo decreto, mediante & interueniente longi temporis possessione. *d. l. 5. pr. & d. l. 15. §. 16. ff. de damn. infect.*

Non obstat *l. 7. §. 4. vers. plane. ff. comm. diuid.* vbi dicitur missum in bonorum possessionem habere rei vindicationem.

Nam respondeo, eo loci asseri, missum in possessionem posse habere actionem in rem siue rei vindicationem, non autem quonam tempore illam habere possit, exprimi; proinde sic illam intelligendam esse; quod possit rei vindicationem habere, cum per longi temporis possessionem dominus factus fuerit; iuxta *d. l. 5 pr. & l. 15. §. 16 ff de damn. infect.*

Pari modo etiam illud intelligendum est quod dicitur in *l. 3. §. 1. ff. de reb. eor.* per secundum decretum fieri alienationem: Nam fit alienatio hactenus per secūdum decretum, quatenus occasionem vsucapiendi, atque sic alienandi præbet ei qui missus est. Atq; sic secundum decretum non per se, nec propter se, sed propter aliud est modus acquirendi & transferendi dominium.

De eo etiam haut conuenit inter Interpp. vtrumne secundum decretum in reali actione locum habeat?

Quæ. 35. Pro Negatiua sententia quam cum Bartolo & Glossa defendit Matth. Wesenbec. in *parat. Dig. de damn. infect.* sequentia proferri solent argumenta. *An secundum decretum tam in reali, quam personali actione sit necessarium?*

1. In realibus, inquiunt, actionibus secundum decretum non decernitur, quoniā per hoc possessio vel dominium possidenti adiudicatur: Iam vero qui se dominum esse professus est & rem vindicat, is postquam ex primo decreto possidere cœperit, frustra petet dominium sibi adiudicari, cum id se habere intendit *§. 1. de actionibus.* frustra quoque postulabit sibi potestatem distrahendæ rei secundo decreto fieri. Nam si dominus est, vt præ se fert, hanc potestatem suo iure habet *l. In re mandata. C. mandat.*

2. Præterea lex in realibus tantum possessionem contumaci aufert, salua ad longum tempus proprietatis quæstione *l. 2. in fine. C. vbi in rem act. exerc.* quod ius per secundum decretum ipsi auferri valde fuerit iniquum.

3. Insuper etsi non rei vindicatione, sed alia quauis reali actione sit actum, ratio tamen semper erit, cur secundum decretum interponi non sit necesse: Qui enim verbi caus. hypothecaria egit, etsi se non esse dominum professus sit, tamen quia ex iure pignoris, quod prætendit distrahendi aut dominii impetrandi facultatem habet, ideo ei alio decreto opus non est.

Cæterum sententia contraria longe verior mihi esse videtur: Nam omnes textus de missione in possessionem ex secundo decreto differentes, generales sunt atq; indistincte tam de reali, quam personali actione loquuntur, nec vlla lex est vel principis constitutio, quæ generalitatem illorum ad actionem personalem restringi iubeat.

Sed nec rationes in medium adductæ talem restrictionem vel distinctionem suadent

Ad primam siquidem ex prædictis facillima est respōsio; Negamus quippe ac

pernegamus quod ex secundo decreto dominium transferatur, possessio equidem transfertur, sed hæc abest petitori, quapropter ad eam obtinendam opus est ipsi secundo decreto, atque ita in actione etiam reali secundum decretum inutile non est.

Secunda quoque ratio non admodum magni est momenti, quia ius proprietatis secundo decreto nequaquam possidenti aufertur, sed vt dictum est possessio duntaxat.

Tertia ratio eadem laborat infirmitate: præsupponitur quippe & ea, secundum decretum ad hoc comparatum esse vt proprietas possidenti auferatur eaque in petitorem transferatur; sed hoc principium falsum esse in præcedentibus satis & abunde demonstratum fuit.

RESOLVTIO THESIS *Septima.*

Quæ. 39. *An vsufructuario cōpetat actio de aqua pluv. arcenda?* PRecedenti actioni similis est actio in factum ex interdicto de aqua & aquę pluuiæ arcendæ; Ratio similitudinis in eo consistit quod in præsenti etiam actione damnum metuitur, vt opere illo facto aqua aliter fluat, quā fluere cœperat. Datur autem hæc actio domino prædij cui ex opere isto damnum imminet *l. 1. §. 11. l. 6. §. 3. ff. de aqua & aquæ pluv. arc.* Sed nunquid & fructuario datur? Videbatur hoc omnino esse negandum, quoniam soli domino præsens interdictum dari modo ostensum est; Vsufructuarius autem non est dominus rei fructuariæ. Hinc etiam Vlpianus *in l. 8 §. fin. ff. hoc tit* diserte scribit. *Neque fructuarium, neque cum eo aqua pluuia arcenda agi posse.* Cæterum Pomponius in *l. 22. eod.* ostendit sententiam istam Vlpiani de actione directa accipiendam, eandemque vsufructuario denegandam esse: Vtilem vero actionem fructuario quoque dari: Sic enim verba eius sese habent: Si vsusfructus fundi legatus fuerit aquæ pluuiæ arcendæ actio heredi & cum herede est, cuius prædium fuerit. Quod si ex opere incommodum aliquod patitur fructuarius, poterit quidem interdum vel interdicto experiri quod vi aut clam; quod si ei non competet, quærendum est, an vtilis ei, quasi domino actio aquæ pluuiæ arcendæ dari debeat, an vero etiam contendat ius esse sibi vti frui; Sed magis est ei vtilem aquæ pluuiæ arcendæ ei actionem accommodari.

Qualis porro actio hæc sit, in rem, an vero in personam, quæri & disquiri solet. In rem actio esse videbatur propterea quod rei possessorem sequitur: Sic enim in personam actio discernitur ab actione in rem quod illa rem debitam præcise non sequitur, sed sequitur potius personam obligatam, etsi rem amplius non possideat §. 1. *I. de actionibus.* In rem vero actio rem ipsam sequitur & propter rem eius possessorem *d. §. 1. & l. qui petitorio. Digest de Rei vindicat.* Deinde & ideo videbatur actio hæc in rem esse, quoniam omnis actio personalis est vel ex contractu, vel ex delicto: *d. §. 1. I. de act.* præsens autem actio neque ex contractu est, neque ex quasi contractu, neque ex vllo delicto aut quasi delicto, vti per se patet. Quæ. 40. *Actio de aqua pluuia arc. sitne personalis, an vero realis?*

Denique quod hæc actio sit realis, probatur & hac ratione quod in rem actio datur domino rei controuersæ & datur contra possessorem: Hæ quippe sunt duæ notæ, quibus simul iunctis actiones in rem & personam ab inuicem discernuntur §. 1. & §. *sic ita discretis. I. de act. l. 23. iunct. l. qui petitorio ff. de Rei vindicat.* Et hæc sententia admodum probabilis & speciosa esse videtur.

Veruntamen quod actio de aqua pluuia arcenda non sit in rem, sed sit personalis, textus est apertus in *l. 6. § 5. ff. de aqua pluv. arc.* quo in loco Vlpianus ita

ita scribit: *Aqua pluuiæ arcendæ non nisi eum teneri, qui in suo opus faciat receptum est eoque iure vtimur.*

Non obstat huic sententiæ præcedentis opinionis primum argumentum: Respondet enim primo Duarenus quod contra quemuis rei possessorem hæc actio datur, id inde fieri, quia, etsi personalis sit, in rem tamen sit scripta: in rem enim scriptæ actiones dicuntur, quæ ita quidem in personam sunt vt in rei possessorem dentur. Deinde falsum est quod in possessorem quemuis dirigatur; quod enim detur domino loci, in quo opus factum est, non solum probat Autor noster, sed etiam aperte confirmat *l. 4. §. fin. ff. hoc tit.* nec vllus produci potest locus in quo asseratur in quemuis possessorem actionem aquæ pluuiæ arcendæ dari.

Ad secundum quoque argumentum respondet Duarenus hanc actionem de qua loquimur, ex contractu descendere, quoniam rei possessor ex contractu sit obligatus: Deinde vt hoc verum non sit, tamen argumentum istud non multum vrgebit: Quandoquidem actiones personales non solum ex contractu & delicto, sed etiam ex aliis quibusdam modis §. 1. *I. de act.* seu, vt Gaius loquitur, ex variis causarum figuris *l. 1. pr. ff. de oblig. & act.*

Ad tertium respondetur, actionem de aqua pluuia arcenda dari nō in quemuis possessorem, sed in eum duntaxat qui dominus sit rei, vti ex prædictis relucet; vnde etiam in vsufructuarium non datur *l. 3. §. fin. ff. de aqua & aqua pluuia.*

Ad hæc non est realis actionis proprium quod domino datur, sunt enim non paucæ in personam actiones quæ soli domino competunt, exemplo sit actio legis Aquiliæ, quam constat soli domino rei peremptæ aut deterioratæ dari solere. Vt proinde perperam admodum sic colligatur; actio hæc datur soli domino: Ergo est in rem actio.

Quod porro Author noster statuit actionem hanc esse in rem scriptam, id nullum habet in iure fundamentum, neque exinde colligitur quod in successores singulares transit: Nam hoc non aliter verum est quam si singulares isti successores rei sint domini.

Resolvtio Thesis Octaua.

De publicanis & vectigalibus quædam hoc loco adducit noster Author, quia cum publicani supra bonum & æquum vectigal extorquent, prætextu causæ publicæ, quo vectigalia spectare videntur, damnum dare solent, & ideo quoque interdicto, vel actione ex interdicto descendente tenentur *l. 1. pr. ff. de publican.* vbi edicti verba Vlpianus recitat.

Datur autem interdictum istud ad hoc, vt quod illicite prætextu vectigalis extorserint, id in duplum, aut si post annum agatur in simplum restituere cogantur: Illicite extorquetur vectigal etiam tum quando ab vtroque & emptore & venditore exigitur, cum ad vectigal nomine rei venditæ exsoluendum solus teneatur emptor, non etiam venditor: quandoquidem rei venditæ omne commodum vt statim, perfecta venditione etiam ante traditionem, ad emptorem pertinet, ita quoque naturalis æquitas suadet omne incommodum & onus, ratione & occasione rei inferendæ, ad emptorem pertinere §. 3. *I. de contrahend. emp.* Onus autem reale esse solutionem & præstationem vectigalis, siue gabellæ indubitatum est. Bis autem pro eadem re vectigal exigere plus sane quam iniquum foret, præsertim vero à venditore exigere ad quem rei commodum amplius non pertinet. *d. §. 3.* Item

illicite vectigal exigitur quando publicanus prohibet deduci impensas in substitutiones, tabelliones, proxenetas & alia id genus collatas, quando gabella forte in decima parte rei venditæ est soluenda. Soarez *de commun. opin. lit. G. n. 3. & sequent.*

Illud in dubium reuocari minime debet quod vectigal à magistratu iure & bona conscientia exigi possit: Etenim iubet ac præcipit Diuus Apostolus Paulus *in epist. ad Romanos c. 13. versic.* 7. tributum & vectigal soluere magistratui: *Reddite*, inquiens *omnibus debita, cui tributum, tributum: cui vectigal, vectigal. &c.* vbi notandũ quod vectigal *debitum* appellat: Vnde sequitur non solũ solui, sed iure etiam exigi posse. Itemque haut obscure docet exemplum Christi vectigal Cæsari soluentis. Hinc igitur recte Villalob. & Soarez concludunt in foro etiã conscientiæ vectigal solui exigi posse, modo sit iustum & ab eo impositum, qui huius potestatem habet.

Quin etiam vectigalium exactionem defendit vtilitas publica: Cum enim ob necessitatem publicam institui soleant, iure meritoque nerui dicuntur Reipubl. *argum. l. 1. §. In causa. de quæst.*

Neque huic obstat quod vectigalia Iure etiam ciuili reputantur odiosa *l. quicquid. C. de vectigal. l. 3. Cod. Nov. vectigal.* Roß. *in tractat. de vectigal. n. 10. & argum. constitut. imper. anno 76. promulg. §. Dar durch dann & sequent.*

Ad hoc enim respondetur, odiosa esse vectigalia quæ contra veterem consuetudinem exiguntur, vel omnino noua sunt, vel cum veterum augmentum, inscio summo principe instituitur vel cum à publicanis & vectigalium conductoribus plus debito exigitur, *l. vectigal. de publican.* Quæ licite exiguntur, atque ab eo instituuntur, qui eius potestatem habet odiosa esse non possunt, cum Reipubl. & Imperii salutem, quæ priuatorum vtilitati vbiuis prænaiere debet, concernant, vt supra fuit ostensum.

Quæst. 41. *An vectigal illicitum iussu superioris exigens, in foro conscientia excusetur.*

Vectigal porro iniustum iussu principis exigens an excusetur in foro conscientiæ quando ignorauit esse iniustum illudque iustum ac licitum esse putauit, hoc in loco quæritur?

Et dicendum prima fronte videbatur excusari omnino publicanum: Nudus quippe fuit executor: Executoris autem nudi non est inquirere quam iustum, vel iniustum sit illud quod exequendum ipsi demandatum est; nec enim cognitionem, quæ ipsi commissa non est, sibi arrogare debet; quoniam alias limites ac terminos mandati atque officii excederet.

Veruntamen contraria sententia verior est: Non enim decet Christianum quicquam exequendum suscipere, nisi quod sciat bona conscientia se exequi posse; præsertim vero si eius sit generis vt procliue sit sub eius prætextu peccare ac conscientiam lædere. Culpa proinde publicani est longe maxima si non inquirit quam iustum licitumque sit vectigal.

Nec ratio Nauarri in manuali confess. *c. 17. n. 201.* quæ, recensente Menochio casu 443. hæc fuit quod in dubio principis mandato sit parendum. Hoc enim verum est quando, inquisitione habita, Inferiori de æquitate vel iniquitate nihil quicquam constare potuit: Secus quando inferior in id, quod à superiore sibi demandatum est, non inquisiuit, prout ratione conscientiæ, vtpote aliquando Deo rationem redditurus, facere debuit.

Dixi actionem dari aduersus publicanos de eo, quod sub prætextu vectigalis illicite exigunt: datur autem in duplum eius, quod illicite exactum est, ita aperte edicto sancitum est *in l. 1. pr. ff. de publican. & vectigal.* istud vero duplum non est mera pœna sed rei persecutionem

nem in se continet; ita vt pœna simpli sit, *text. in l. 5. §. 1. ff. de publican.* ibi Gaius: *Quærentibus autem nobis verum duplum totum pœna sit & præterea rei sit persecutio an in duplo sit & rei persecutio, vt pœna simpli sit, magis placuit vt res in duplo sit.*

Quæ. 42. *Quanam pœna puniantur mi quum & illicitum vectigal exigentes?*

Quod si per vim illicitum extorsit vectigal publicanus, tenetur in quadruplum: Ita Paulus: *Quod illicite publice priuatimque exactum est cum altero tanto passis iniuriam exsoluitur. Per vim vero extortum cum pœna tripli restituitur, amplius extra ordinem plectuntur: Alterum enim vtilitas priuatorum, alterum vigor publicæ disciplinæ postulat. l. 9. §. 5. Digest. de publican.*

Eandem hanc pœnam & illis arrogari Menochius ait, qui sine potestate magistratus exigit per *text. in leg. per aquatores. Cod. de cens.* Et hoc quidem si contra illum ciuiliter agitur; secus vero si criminaliter: Nam tunc si pluries exegit qui exigendi potestatem non habuit pœna combustionis plectitur. *l. vniuers. Cod. vbi causæ fiscales.* Si vero potestatem habuit & pluries illicitum exegit vectigal, punitur capitaliter *l. Omnes in fine Cod. locat.* Menochius *lib. 2. casu 443. arbitrar. iud. quæst.* vbi in eandem sententiam allegat Petrum Antibolum in *tract. de muneribus part. 3. §. 1. num. 42.*

Cæterum actio hæc, quæ in publicanum de illicito vectigali exacto competit, in heredes non datur, quatenus scilicet pœnæ persecutionem continet, quoniam actiones pœnales itemque mixtæ, quatenus pœnales sunt, nunquam in heredes competere solent *l. 38. Digest. de Reg. Iur.* quatenus rei persecutionem continent in heredes dantur quidem, sed non vltra id, quod ad eos peruenit per textus expressus in *l. vnic. C. ex delict. defunct. l. 57. §. 2. ff. de Reg. Iur.* vide etiam *l. 13. in fine & l. 4. pr. ff. de publican.*

Quod cum actione furti & vi bonorum præsens actio concurrat, dubitandum non est: Nam si per vim illicitum vectigal publicanus extorquet, vi bonorum raptorum actio simul & actio furti competit, *text. in pr. l. de vi bonor. raptor.* Quin etiam si rem vi extortam corrumpat actione legis Aquiliæ de damno iniuria dato conuenitur.

Quæ. 43. *Actio quæ in publicanum datur sitne arbitraria?*

Cæterum anne actio hæc, quæ in publicanum datur, arbitraria sit, disquiritur? Affirmat Iacobus Menochius *lib. 1. arbitrar. iudic. quæst. 5. n. 9.* Nititur autem hoc fundamento quod arbitraria actio sit illa in qua iussus restituere rē ablatam, si restituit, absoluitur *§. præterea l. de actionibus.* Iam vero publicanus actione prædicta conuentus, si restituit, absoluitur; quod primo probat textus *in l. 1 pr. ff. de publican.* vbi prætor ait: *Quod publicanus, eius publicani nomine vi ademerit, quodue familia publicanorum, si id restitutum non erit in duplum, aut si post annum agatur, in simplum iudicium dabo.* Ecce hic prætor pollicetur actionem si id, quod extortum est illicite, non restituatur.

Insuper in *d. lu. §. 2. & sequentibus.* expresse ita discernitur actio ista contra publicanum competens ab actione furti, vi bonor. raptor. quod in his restituendi facultas nō competit reo conuento, in illa vero publicano facultas restituendi conceditur: sicut si rem illicite extortam restituerit liberatio & absolutio sequatur.

In *l. Hoc edicto. 5. eod. tit.* idem verbis clarissimis confirmari videtur, dum ita illic dicitur: *Hoc edicto efficitur vt ante acceptum quidem iudicium restituta re actio euanescat, post acceptum vero iudicium nihilominus pœna duret; sed tamen absoluendus est etiam, qui post acceptum iudicium restituere paratus est.*

Sed

Sed melius, meo iudicio, statuit Duarenus in *c. 1. de publicanis*, præsentem scilicet actionem non esse arbitrariam: Idque ideo quia illa demum actio arbitraria dicitur in qua iudex, antequam condemnet, arbitratur & iubet rem restituere, & restituentem absoluit §. *praterea l. de action* At in actione hac, quæ aduersus publicanum datur, iudex, antequam pronunciet, non iubet rem restituere. At vero, inquis, absoluendus est publicanus si post acceptum iudicium rem restituit; Equidem fateor hoc, sed non ad præcedens arbitrium & iussum iudicis, prout fit in arbitrariis actionibus. Et hoc in commune omnium est actionum rei persecutoriarum quod restitutione facta absolutio rei-conuenti sequatur §. *final. I. de interd.*

RESOLVTIO THESIS *Nona.*

VEctigalis nomen esse ambiguum plusquam notissimum est ex *tit. ff. si ager vectig. & tot. tit. ff. de publican.* Triplicem enim videtur hoc nomen in iure significationem habere: Primo enim significat id quod Republ. seu Municipibus ex fundis vectigalibus penditur, vt in *tit. ff. si ager vectigal. petat.* Secundo sumitur pro eo, quod Reipubl. penditur pro mercibus importandis & exportandis vt in *tit. Dig. de publican.* Tertio interdum vectigal, seu potius ius exercendi & exigendi vectigal quasi quædam Iurisdictio est secundum Schraderum in *tractat feudal. part. 10 sect. 5. 176.* Baldum in *l. si plures. n. 14. Cod. de condit. insert.*

Soluunt vectigal qui negationis causa quid vehunt, textus expressus in *l. omnium C. de vectigalib.* Hinc illarum rerum, quæ ad vsum proprium inferuntur & victus sui causa paratum quis habet vectigal non soluitur *l. vniuersi. C. de vectigalibus* Quanquam notoria consuetudo sit in contrarium, secundum quam pronunciari omnino debet *argum. l. pr. ff. de legibus.*

Constituit vectigal Imperator solus; Regale quippe est ius constituendi & erigendi vectigal. *cap. vnic. qua sint regalia in vsibus feud. L. 1. 2. & 3. C. Nov. vectigal. instit. l. vectigal. de publican. L. constit. Imperij de anno* 76. §. Darburch dann & §. *seq.* vbi vectigalia expresse referuntur ad superioritatem & reseruata, siue regalia Cæsaris & simul vetatur ne priuata authoritate alicuius ex ordinibus Imperii noua vectigalia instituantur vel etiam augeantur: Nulli igitur ex principibus, Cæsarem superiorem agnoscentibus, vel aliis Imperii ordinibus licet vectigalia noua propria authoritate instituere, vel etiam vetera augere, & sic nec Præsidi prouinciæ, nec aliis sine permissu Imperatoris *d. l vectigal. & d. l. 2.* vbi etiam negatur ciuitatum decreto noua vectigalia institui posse. Quod ipsum vsque adeo verum est, vt qui sine consensu Cæsaris noua vectigalia instituerint Lege Iulia de ambitu teneatur *l vnic. ff. ad L. Iul. de ambit.* Cæterum, sicut alia regalia, præsertim minora, vtut soli Imperatori competant, à Cæsarea Maiestate aliis concedi possunt, ita quoque Imperii principibus, ordinibus ac statibus Imperator Romanus concedere potest facultatem instituendi erigendique vectigalia *l. 1. C. Nov. vect. instit. l. vlt. Cod. de vectigal.* Hinc scilicet est quod hodie principes Imperii, Imperatorem superiorem recognoscentes instituunt & augent vectigalia, concessione sc: superioris: Eodemque pertinet quod & ciuitates & Reipubl. peculiaria habent vectigalia. Quæ. 44. *Quisnam possit vectigal instituere?*

Quin etiam interdum inferiores absque Imperatoris concessione vectigalia instituunt & augent quando scilicet ius hoc immemoriali præscriptione sibi acquisiuerunt: Hæc siquidem præscriptio Quæ. 45. *An præscriptione immemoriali ius institu-*

vim

vim priuilegij & concessionis immemorialis obtinet, indeque præsumptio nascitur consensus & concessionis Imperialis. *cap. super quibusdam. §. preterea. de verbor. significat.* vbi cum concessione ita coniungitur præscriptio vt alterutrum sufficiat.

Hinc quod paulo ante dictum fuit de consensu & auctoritate Imperatoria quod requiratur ad hoc vt inferior ius vectigalis exercere possit, ita intelligi debet: Nisi quis ex legitima præscriptione ius instituendi vectigal habeat.

Non aduersatur huic *l. vltim. Cod. Nov. vectig. instit. non poss.* vbi antiqua consuetudo & concessio Imperialis simul requiruntur. R. Nam sic textus ille intelligi debet quasi Imperator sanciat per vtrumque idem in vectigalibus effici, ita vt alterutrum sufficiat.

Pœna non soluendis vectigal est satis dura & grauis, hæc scilicet vt res in commissum cadat, quod tamen sic accipiendum si dolo vectigal solutum non fuerit, cul- a & ignorantia à pœna commissi excusat, quia etiam iuris error in rebus amittendis non nocet. *l. 8 ff. de iuris & facti ignorantia.* Crassam tamen ac supinam ignorantiam non excusare à pœna dicit noster Treutlerus & fundamentum huius habet *in l. Nec supina. ff. de iuris & facti ignorant.*

De Studiosorum à præstatione vectigalis immunitate alibi, in tractatu peculiari de priuilegiis studiosorum dictum est, quo me nunc breuitatis causa refero.

Illud saltem hoc loco notandum quod priuilegium istud male colligitur ex *l. vniuersi. C. de vectigal.* Etsi enim illic de agricularum priuilegio & à præstatione vectigalis immunitate aperte sanciatur, exinde tamen minime inferendum est, idem priuilegium studiosis quoq; competere; cum priuilegia & iura exorbitantia per argumentum ex paritate siue identitate vt & maioritate rationis deductum vitiose concludat, vti notum est ex *l quod vero 14. ff. de legib. l. quod contra. ff. de Reg. Iur §. sed & quod principi l. de iure Nat. gent. & ciuil.* Rectius proinde præfatum studiosum priuilegium ex constitutione Friderici Imperatoris in *Authent. Habita. C. Ne filius pro patre* deducitur.

Quod Coronidis loco huic disputationi annectitur, collectas videlicet tempore necessitatis factas sub vectigalibus, adeoq; iure regalium non censeri, id alio loco commodius explicabitur.

Finis disputationis decimanona.



VOLVMINIS POSTERIORIS DISPVTATIONIS VIGESIMÆ,

De Donationibus.

QVAESTIO I.



VOLVMINIS POSTERIORIS DISPVTATIONIS VIGESIMÆ

De

Donationibus.

THESIS I.

Resolutio.

Quæst. 1. *An donatio sit contractus.*



Onationem generaliter definit Treutlerus, quod sit contractus seu conuentio legitima Iurisgentium, quæ acceptante donatario ad rem liberalitate donantis aliehandam vtriusque illius consensu perficitur. Quæ singula definitionis verba diligenter erunt consideranda.

Et primo dicitur donatio *contractus*. Sed vtrum hoc verum sit donationis genus, valde controuertitur? Et primo pro illorum sententia qui statuunt donationem esse contractum, hæc militare videntur iuris fundamenta.

1. In iure & legibus nostris donatio constantissime contractus appellatur: Sic enim *in l.17. C.de fide instrum.* donatio non modo contractibus accenietur, sed etiam aperte contractus appellitatur, in verbis: *Contractus venditionum, vel permutationum vel donationum, quas intimari non est necessarium, &c.* Et *in l. fin. pr. C.de bon. quæ lib.* in verb. *Nulla actione contra Patrem danda, vbi aduersus eius voluntatem filius hereditatem, vel legatum vel fideicommissum, vel aliud quicquam ex quocunque titulo siue donationis siue contractus alterius sibi acquirere noluerit.* Deniq; *in l 8 pr.C.de præscript. 30. vel 40 annorum.* donatio aperte species contractus constituitur, dum Iustinianus ait: Si quis emptionis vel donationis, vel alterius cuiuscunq; contractus titulo rem aliquā bona fide per decem vel viginti annos possederit & longi temporis exceptionem contra dominos eius vel creditores hypothecam eius prætendentes sibi acquisierit, &c.

2. Quin etiam quod donatio propter nuptias reuera sit contractus evincunt textus *in Nouell. 28. & Nouell 119. cap.1.* vbi specialis contractus esse dicitur.

3. *In l. 7. Codic. de his quæ vi metuve causa.* donatio contractus dicitur in verbis: Sic donationis, vel transactionis vel sti-

stipulationis vel cuiuscunque alterius contractus obligationis confectum instrumentum metu mortis vel cruciatu corporis extortum, &c.

4. In §. *Alia 2. Inst. de donat.* dicitur donatio non annumerari contractibus bonae fidei; cui consequens est quod annumeretur contractibus stricti iuris.

5. In §. *Alia 2. Inst. de donat.* dicitur donatio in se habere necessitatem traditionis, idque ad exemplum emptionis venditionis; adeoque emptioni venditioni aequiparatur: Iam vero emptionem venditionem esse contractum, exploratí iuris est *l. 7 pr. Digest. de pact. tot. tit. Inst de obligat. quæ ex consens. nascunt.* Sequitur pro inde donationem quoque contractum esse.

6. Insuper ex donatione simplici nasci actionem condictionem, quæ ex lege probat *l. si quis argentum. Cod. de donat. Novell. 62. c. 1. § 1. in fine.* contractus vero est qui parit actionem *d. l. 7. pr. Digest. de pact. §. 1. l. de act. et obl.*

7. Praeterea cum donatio conditionalis in se habeat synallagma *l. fin. Cod. de rer. permut. l. 7. §. 2. Digest. de pact.* sequitur quod sit contractus *l. 15. ff. de praescript. verb.*

8. Et hanc sententiam defendunt haud ignobiles Iuris interpretes. Atque ex iis imprimis Bartolus *d. l. Si quis argentum. Cod. de donat.* Iulius Clarus *4 sentent. §. donatio. q. 1.* Anton. Gomez. *2. variar. resolut. 4. pr.* Cuiacius *in paratit. C. de donat.* & *10. obseruat. 28* Wesenb. Sneidewin. & Mynsing. ad §. *2. Inst. de donat.*

Caeterum quod donatio non sit contractus sequentibus argumentis clare atque per spicue evincitur.

1. In *l. Interdictum 14. Digest. de precario.* scribit aperte Paulus donationem non esse contractum: Cum enim dixisset interdictum de precariis merito introductum esse, quod nulla eo nomine iuris ciuilis esset actio, subiungit rationem, *quia magis ad donationis & beneficii, quam ad negotii contracti causam spectat precarii conditio.* Quibus verbis cum donatio & beneficium negotio contracto opponatur, satis ostenditur donationem non esse contractum.

2. Accedit quod omnis contractus negocii contractus est *l 15 ff. de praescript. verb.* Atqui inter donantem & accipientem nullum negocium geritur; adeo vt si aliquod negotium, mixtum sit cum donatione, puta si donator in aliquem casum voluerit sibi obligatum donatarium, placeat obligationem non contrahi eo casu, quo donatio est, quasi sint ista pugnantia & contradictoria, esse negotium & esse donationem. Hinc est quod donatio in iure opponi solet negotio, vt fit *in l. Si numerandi 6. §. Marius. 6. ff. mandat. l. 58. ff. de donat. inter vir. & vxor. l. 43. §. 1. ff. de admin. tut. l Interdict. l. 18. ff. de donat. l. Senatus 35 §. 1. ff. de donat. mort. caus.*

3. Insuper contractum ex eo nomen sumsisse constat, quod post multos tractatus, ad negotium, quod geritur, pertinentes, quos praecedere necessum est, negotium tandem in pauca contrahatur & restringatur *l. si voluntate 8. C. de rescind. vendit.* Iam vero in donatione nullus praecedit tractatus vt contractus sub equi possit, nec inter donantem & donatarium vlla contenditur altercatione quidnam & quantum dari debeat donatario, cum ipsius sit boni consulere, quod donator benigne ac liberaliter dare paratus est *l. ad res donatas. 62. ff de aedilit. edict.* nec vllius est quam donatoris certos liberalitati fines praestituere.

4. Adde quod nullus est contractus qui non pariat obligationem & ex

obligatione actionem §. *1. Inst. de act. pr.* §. 1. *&* §. *2. Inst. de obligat.* Donatio autem obligationem ciuilem & actionem non patit *l. Aristo. Digest. de donat.* vbi dicitur, *obligationem non contrahi eo casu, quo est donatio.* Item *donationi locum non esse & ideo obligationem nasci.* Et *in l. Interdictum Digest. de donat. l. Eum qui. 4. §. Is qui precario Digest. de furt.* apertissime scriptum est, nullam esse proditam ciuilem actionem ex donatione, adeoque nec ex precario ob id solum quod precarium simile sit donationi. Vnde etiam donatio obligationi opponitur, *l. quae liberti 8. Digest. de donat. l. 3. §. 1. Digest. de obligat. & Act.* Cui & ipsi consequens est quod donatio contractibus annumerari nullo modo queat.

5. Et sane si donatio contractus esset, proculdubio Iustinianus in Instit. sub eo tractatu quem de contractibus instituerat, aliquam eius mentionem fecisset, nec tanto silentio eam praeteriisset: Vnde rursus coniicere licet quod donatio non sit contractus.

6. Et quid multis? Extant in libris nostris loca innumera, quibus apertissime contractus donationi opponitur *l. sicut 20. l. 46. Digest. locat. l. si res aestimata 12. Digest. de iure dot. l. 5. §. 4. Digest. de donat. inter vir. & vxor. l. Interdictum Digest. de precario. l. Eum qui §. is qui precario. Digest. de furt.*

7. Et hanc sententiam propugnant non postremi nominis ICti. Et ex illis imprimis Anton. Faber *de error. pragmatic. decad. 45. error.* 8. Hubertus Giphanius ad *rubric. Digest. de donat. num.* 18. Hermannus Vulteius *ad pr. Inst. de donat. num. 2. & seq.* Franciscus Hotomannus *disp. de donat. cap. 1. nu. 4.*

Neque sententiae huic posteriori quicquam detrahunt, quae pro priori opinione supra adducta fuerunt.

Ad primum enim respondetur nomen contractus in iure quandoque large sumi, ita vt etiam illis accommodetur conuentionibus quae naturam contractus non habent, & aliis in locis contractibus opponuntur & contractus esse negantur. Exemplum huius illustre extat *in l. 23. Digest. de regul. Iur.* Illic enim precarium, quod in legibus supra adductis ideo contractus esse negatur quod speciem quandam habeat donationis, appellitatur contractus & contractibus accensetur: Quin & eodem tutela, negotiorum gestio vocitantur contractus, de quibus tamen satis superque constat inter omnes quod non sint contractus *tot. tit. Inst. de obligat. quae quasi ex contract. nasc.* Deinde & istud obseruandum est, quod in *l. 17. Cod. de fide instrum.* & *in l. 8. pr. Cod. de praescript. 30. vel 40. annor.* verba ista, *vel alterius cuiuscunque contractus* referri debeant non ad donationem, sed ad emptionis, transactionis & stipulationis nomen, quia talia debent esse praedicata, qualia permittuntur esse à suis subiectis.

Secundum ex Nouella 119. petitum est perexigui precii: Obseruandum quippe est, quod donationis duae sint species: Vna pura & simplex, altera vero ob causam facta: Illa proprie donatio est, haec vero improprie & abusiue *l. 1. Digest. de donat.* Illa negotialis non est, haec vero in se negotium continet; Vnde & illa contractus dici non potest; haec vero contractus est ob id quod negotium continet: Et huiusmodi donatio impropria & negotialis est donatio ista propter nuptias, de qua *d. Nouell. 119. c. 1.* loqui-

loquitur. Giphanius, Hotomann. & Vulteius *d. loc.*

Ad tertium argumentum ex *d. l. 7. Cod. de his quæ vi metuúue causa* petitum respondet Giphanius, prout etiam ad primum supra responsum fuit: Verbum *contractus* ad proximum stipulationis verbum referendum esse: quia si ad omnia priora verba, in quibus est & verbum transactionis, referatur, sequeretur transactionem quoque esse contractum, cum tamen transactio sit distractus potius quam contractus.

Deinde ait Giphanius nomen contractus donationi accommodari in significatione impropria & abusiua, in qua de precario quoque prædicetur *in d. l. 23. ff de R. iur.*

Ad *l. 22. Digest. de donat.* quarto loco allegatam duplex est responsio: Nam primo Franciscus Hotomannus ait, illi donationi, de qua illic differitur, adhibitam stipulationem fuisse, ac proinde donationis nomen extingui; stipulationis vero, quod præstantius est, manere: stipulationem enim donationis pacto adhiberi solitam cum aliis ex locis constare; tum etiam ex *l. id quod 33. pr. l. 2. §. cum vero Digest. de donat.*

Secundo respondetur non sequi: donatio non est contractus bonæ fidei: Ergo est contractus stricti iuris: prius siquidem probandum fuisse quod donatio sit contractus; assumitur proinde ac præsupponitur idipsum pro concesso quod in controuersia est: Quin nec ideo superius argumentum concludit, quoniam inter contractum stricti iuris & bonæ fidei pactum videlicet legitimum.

Quare necessario non sequitur: Donatio non est bonæ fidei contractus. Ergo contractus stricti iuris, cum pactum legitimum esse possit: Argumentum quippe à remotione vnius contrarii ad positionem alterius, tum demum procedit, quando contraria & opposita sunt immediata, non vero quando sunt opposita mediata.

Quinti etiam argumenti consequentia lubrica est & imbecillis: Etsi enim donatio cum emptione - venditione *in d. §. Alia.* comparetur; comparatio tamen ista sit solum ratione effectus, nempe quod sicut emptio venditio producit obligationem & actionem, ita quoque, non quidem vi propria, sed vi constitutionis Iustiniani *in d. l. si quis argentum. Cod. de donat.* actionem pariat. Comparatio autem ista nequaquam procedit ratione substantiæ, aut ratione generis: Siquidem quæ effectu conueniunt, non protenus conueniunt simpliciter atque in omnibus: Sic enim pactum in continenti contractui adiectum parit actionem non minus atque ipse contractus: Et tamen à contractu est diuersissimum: Pactum quoque legitimum in eo cum contractu conuenit, quod actionem parit *l. legitima 6. Digest. de pact.* Interim tamen pactum legitimum à contractu esse diuersum *l. 5. & d. l. 6. ff. de pact.* satis ostendunt.

Ad Sextum hæc est responsio: Olim quidem & ante Iustiniani Imperatoris constitutionem *in d. l. si quis argentum. Cod. de donat.* donationem simplicem & puram nec obligationem, ciuilem scilicet & efficacem, nec actionem produxisse, prout supra textibus expressis demonstratum fuit. Verum Iustiniani constitutione *d. l. si quis argentum.* actionem donatario concedi qua rem sibi donatam persequatur & exigat, quæ tamen non tam ex donatio-

natione quam ex lege siue constitutione nomine donationis competat; adeoque adhuc verum sit illud quod ex donatione proprie & accurate loquendo actio non detur, sicut nec quæuis pacta legitima actionem pariunt vi & virtute propria, sed vi duntaxat & adiumento legis, cum contractus ex se & vi propria actiones producant, prout eleganter admodum hoc considerat Matth. Wesenb. *in paratitl. de pact.*

Ad Septimum respondeo donationem ob causam ab initio & antequam quid factum aut datum fuerit esse nudum pactum, At postquam id secutum est propter quod donatio facta fuit, aut id præstitum & traditum est quod donatum fuit, tunc donationem incidere in contractum innominatum facio vt des, vel do vt facias, vel do vt des *arg l.45.ff.de pact.*

Ad postremum argumentum ab Authoritate deductum facilis est responsio, authoritatem contraria authoritate refelli: Quandoquidem supra ostensum fuit, quod posteriorem hanc opinionem sequantur ac defendat non ignobiles Iuris Interpp. quorum authoritas vtpote optimis ac perspicuis suffulta rationibus contrarium statuentium sententiæ merito præfertur.

Etsi vero Fr. Hotomannus *d. disput. de donat.cap.1.in fine* & Iacob. Cuiacius in eam inclinent sententiam, quod olim quidem & iure Digestorum donatio fuerit modus acquirendi dominium, non autem contractus; Hodie vero post constitutionem Iustiniani *in d. l. si quis argentum*, sit contractus non autem modus acquirendi: Hæc tamen sententia vera non est: Non enim vllum extat verbulum *in d.l. Si quis argentum. § penult* vnde colligi posset Iustinianum effecisse donationem contractum; sed hoc vnicum noua ista constitutione de nouo sanxit atque constituit, vt cum donatio olim actionem non produxerit, hodie instar emptionis venditionis in se habeat tradendi necessitatem actionemque pariat: Vnde vero scribit Anton.Faber. *d. error. 8.* Nullam aliam hac in re esse differentiam inter ius vetus & nouum, nisi quod olim donatio facta per pollicitationem vel per pactum nudum non valuerit, neque acquisitionis neque conuentionis iure, qua tamen iure conuentionis valet non aliter ac si per stipulationem facta fuisset. Quocirca sic contra Authorem nostrum statuendum censeo, donationem inter viuos puram ac simplicem nec olim fuisse contractum nec hodie contractum esse effectum, sed nudam ac simplicem esse conuentionem, lege Iustiniani ad hoc duntaxat confirmatam, vt actionem produceret, vt paulo post pluribus ostendetur.

Quæst.2. *An donatio pura & simplex sit contractus, an vero innominatus?*

Cæterum etsi controuersia ista inter Interpp. præsertim vetustiores valde agitata, & à Treutlero nostro & hic proposita, *vtrum donatio inter viuos pura & simplex sit contractus nominatus, an innominatus?* suapte sponte corruat, negato eo, quod donatio sit contractus: Præsupposito tamen eo quod donatio propria sit species quædam contractus, difficulter ea sententia defendi poterit, quod sit contractus nominatus: Tum quia nomen speciale ac proprium non habet, vt quod donationi propriæ, puræ ac simplici inter viuos commune sit cum donatione mortis causa, itemque cum donatione quæ fit ob causam. Tum quia nomen istud non est ciuile sed naturale, competiitque donationi etiam antequam ex Iustiniani constitutione ad actionem producendam efficax esse cœperit.

Tum

Tum quia contractibus nominatis à Iustiniano Imperatore sine dubio accensita fuisset, quod tamen factum non esse docet totus tractatus, qui in libr. 3. Instit. de contractibus suscipitur: Tum denique quia si contractus foret nominatus, tunc illi contractus generi accenseri deberet, quod solo consensu perficitur, quandoquidem, teste Iustiniano, hodie non aliter atque emptio venditio sola voluntate nudoq; consensu perficitur, nec ad sui perfectionem quippiam præterea desiderat *d. l. si quis argentum*, § *penult.* & §. *Alia. 2. Inst. de donat.* Iam vero Iustinianus in *tit. I. de obligat. quæ ex consensu.* quatuor duntaxat recenset species contractuum illorum, qui consensu solo perficiuntur; è quorum tamen numero non est donatio.

Huic igitur non obstat 1. Quod donatio elegans habeat nomen, prout Bartolus in *l. In ædibus 9.* §. 1. *ff. de donation.* scribit, nec in generis sui nomine persistat. Ad hoc enim responsio ex modo dictis patet; Non enim sufficit quod nomen conuentio habet ad hoc vt nominatus dicatur contractus, Exemplo est permutationis contractus, quem, etsi nomen videatur habere speciosum, innominatus tamen est contractus, *tot. tit. ff. de permutat.* quia scilicet nomen quod habet nec proprium est & specificum, nec ciuile, sed duntaxat naturale. Eadem igitur de causa, donatio, licet videatur elegans habere nomen, illud tamen nec proprium est eius, de qua dissermus, donationis, simplicis videlicet ac puræ, nec est ciuile, sed naturale nomen, prout supra ostensum fuit.

Minus ad rem facit, quod hodie ex Iustiniani constitutione exemplo emptionis venditionis donatio solo perficitur consensu ac in se necessitatem traditionis habet *d. §. Alia. I. de donat. & d. l. Si quis argentum, C. eod. tit.* vnde Accursius concludit, quod sicut emptio venditio est contractus nominatus, ita etiam hodie ex prædicta Iustiniani constitutione donatio sit contractus nominatus.

Etenim committitur hoc loco Elenchus comparatorum: Non enim quæ in vno aliquo comparantur & æquiparantur, ea in omnibus conuenire eandemque naturam habere intelliguntur: Et sane quoad effectum duntaxat, & hactenus emptionis & donationis fit comparatio, quod sicut ex nudo consensu, traditione etiam non interueniente, efficax est emptio & vtilis ad actionem producendam, ita quoque donatio: Qui vltra hosce comparationis terminos eam ad alia extendunt, illi committunt fallaciam à dicto secundum quid ad dictum simpliciter.

Insuper ad rem non multum facit, quod ex Bartolo pro eadem sententia adducitur argumentum, quod nempe in contractibus innominatis locus sit pœnitentiæ *l. si pecuniam 5. ff. de condict. ob causam.* In donatione vero inter vivos non sit locus pœnitentiæ *l. 28 ff. de donat.* §. *Aliæ. Inst. eod.*

Resp. Hoc, inquam, argumentum non refragatur, quoniam falsum est in contractibus innominatis vniuersis esse locum pœnitentiæ: Nam in contractu innominato facio vt des, itemque in contractu innominato facio vt facias nullus superest pœnitentiæ locus; argumentum proinde istud ex puris particularibus procedit, ac proinde perperam & vitiose concludit,

Denique non obstat quod Bartolus ita argumentatur à partium enumeratione, vel factam esse donationem per stipulationem, vel per traditionem: Si per stipulationem dubitandum non esse quin donatio nomen habeat specificum, & propterea sit contractus nominatus *l. 1. §. vl. ff. de pact.* Si per traditionem æque nomen habere elegans &

donationem esse quæ ab initio statim suum habeat effectum, quemadmodum depositum, commodatum & alii similes contractus, qui re perficiuntur *l.7.§.1.ff.de pact.*

Hoc, inquam, argumentum plane non stringit, quia donatio etsi per solennem stipulationem celebretur, non tamen ipsa stipulatio est ac nominatus incipit esse contractus, sed à stipulatione plane diuersa manet ac separata: Hinc admodum notanter & eleganter scribit Anton. Faber, *d. error. 8.* stipulationem istam non esse donationem, sed stipulationem esse cui causa donatio dederit. Deinde quod dicitur donationem per traditionem factam esse contractum innominatum, id falsum esse duplici ratione euincitur: Tum quia traditio ad essentiam donationis eiusdemque perfectionem non pertinet, cum donatio solo consensu nudaque donantis & donatarii voluntate perficiatur §. *Alia. 2. Inst. de donat. d. l. Si quis argentum Cod. de donat.* adeoque ad donationem ad contractus mala sit illatio: Tum quia & innominati contractus rei traditione perfici constat, veluti contractus do vt des, do vt facias. Postremo, posito quod donatio per stipulationem aut rei traditionem facta sit contractus nominatus, non tamen hoc ex se suaque ex natura, sed aliunde atque extrinsecus haberet, atque sic propositum argumentum hoc solum euincet, quod donatio propter stipulationem & traditionem extrinsecus superuenientem, non vero per se fit contractus. Et sane cum donatio non semper stipulatione, nec traditione, sed vt plurimum sola conuentione fiat, quid obsecro de ea dicendum erit? Procedit igitur propositum argumentum etiam ex insufficienti enumeratione specierum donationis. Quocirca his ita consideratis omnino dicendum videtur, quod donatio pura inter viuos non sit contractus nominatus?

At, dicet aliquis, nec pro contractu innominato haberi donatio poterit.

1. Quia contractus innominatus non perficitur, nisi aliquid datum vel factum fuerit, vt intelligere licet ex *l. 5. & 15. Digest. de præscript. verb.* Donatio autem absoluitur sola conuentione *d. §. Alia. I. de donat. d. l. Si quis argentum Cod. eod.*

2. Quia contractus innominatus parit præscriptis verbis actionem *l. 1. 2. 3. 4. 5 & seqq. Digest. de præscript. verb. act.* At donatio pura & simplex actionem præscriptis verbis non parit, sed condictionem ex lege *arg. d. l. si quis argentum, iunct. l. vnic. Cod. de condict. ex lege.*

3. Quia omnis contractus innominatus ita fit, vt vicissim aliquid detur aut fiat. *d. l. 5. & 15. Digest. de præscript. verb.* Atqui donatio inter viuos pura & simplex, de qua sola hoc in loco sermo est, non ita fit, vt vicissim quippiam detur aut fiat, *l. 1. Digest. de donat.* Equidem negari non potest quin donatio negotialis, prout ab Interpp. vocatur, sit contractus innominatus, hoc siquidem agitur donatione ista, vt pro eo quod datum & donatum est, vicissim quid detur aut fiat.

Ego certe ita ex fundamentis hactenus adductis omnino statuendum censeo, donationem inter viuos simplicem neque nominatum neque innominatum esse contractum, vt & supra in fine præcedentis controuersiæ à nobis conclusum fuit.

Quæst. 3. *An donatio sit modus acquirendi dominium.*

Cum igitur certum & expeditum sit quod donatio non sit contractus, quæritur porro, vtrum sit modus acquirendi dominium? Nam & hoc valde

valde est controuersum: Affirmatiuam plerique è Neotericis Interpp. defendunt, imprimis vero Hubert. Giphanius in *lect. Altorphin. ad rubr. tit. de donat. n. 12. & seqq.*

Fundamenta autem huius opinionis sunt hæc.

1. In princip. *Instit. de donat.* Iustinianus Imperator expressis atque disertis verbis testatur donationem esse modum acquirendi dominium: Cum enim in proxime antecedentibus titulis de modis quibus iure gentium & ciuili dominia rerum acquiruntur ac transferuntur, pertractasset, subiicit in *pr. tit.* illius: *Est & aliud genus adquisitionis donatio.*

2. Comprobare idipsum quoque videtur *l. 20. Digest. de reb. credit.* vbi in casu illic proposito aperte negatur donationem factam esse, quia non ea mente pecunia fuerit data, vt omni modo penes accipientem maneret. Vnde perspicue sequitur ad hoc, vt donatio sit facta atque perfecta, requiri vt dominium rei donatæ fuerit ad donatarium plene translatum.

3. Idem confirmat *l. 9. §. final. Digest. de donat.* vbi donari non posse dicitur nisi quod eius fiat cui donatur. Donatio proinde dominium rei donatæ in donatarium transfert.

4. Concordat cum his etiam *l. 33. §. 1. Digest. eod. tit.* Nam ibi pecuniæ donationis causa numeratæ dominii translationem non impediri dicitur: Ergo ex donatione transfertur dominium.

5. Insuper quod per donationem rei donatæ dominium transferatur, si traditio, quæ pars est donationis *§. 2. Inst. de donat.* interueniat, amplissime testatur Iustinianus in *§. per traditionem Digest. de rer. diuis. l. 4. Cod. de contrah. empt. l. final. §. 1. Digest. de donat.*

6. Idem quoque ipsum verbum donationis satis indicare videtur siquidem donare est re ipsa, hoc est actualiter aliquid dare & alteri gratis dare; cui certe consequens est, quod donatio sit modus acquirendi transferendique dominii.

7. Postremo non parum roboris huic sententiæ adferre videtur, quod Iustinianus, cum in *§. final. Inst. de vsu & habitat.* ita scripsisset: *Modo videamus quibus modis legitimo & ciuili iure res acquirantur*; statim subiecit titulum de *vsucapionibus* & titulum de *donationibus*: Atque in huius tituli *§. final.* addiderit ista verba: *Erat olim & alius modus ciuilis acquisitionis per ius accrescendi*: Quibus verbis Imperator significare voluit, donationem modis acquirendi dominium accenseri debere.

Verum enimvero etsi hæc opinio magnam videatur veri habere speciem, à veritate tamen non parum abhorrere mihi videtur.

1. Nam donatio nuda voluntate donantis ac donatarii perficitur nec rei traditio necessaria est ad eius perfectionem, nec dominii translatio requiritur, modo vtriusque voluntas vel scriptis vel quacunque alia ratione fuerit manifesta *§. Aliæ. Inst. de donat.* vbi Iustinianus scribit: *Aliæ autem donationes sunt, quæ sine vlla mortis cogitatione fiunt, quæ si fuerint perfectæ temere reuocari non possunt. Perficiuntur autem cum donator suam voluntatem scriptis aut sine scriptis manifestauerit. Et ad exemplum venditionis nostra constitutio eas etiam*

in se habere traditionis necessitatem voluit, vt etiamsi non tradantur, habeant plenissimum & perfectum robur, & traditionis necessitas incumbat donatori. Cum igitur donatio perfecta sit, antequam traditio rei donatæ fuerit facta, dominiumque sit translatum, palam est quod nec traditio ad donationis perfectionem requiratur, nec translatio dominii effectus sit donationis.

2. Accedit quod donatio legitime confecta in se tradendi habeat necessitatem dominiumque transferendi, sic vt vi donationis perfectæ donator compellatur rem donatam donatario tradere *d. §. Alia. & l. si quis argentum. C. de donat.* Cui rursus est consequens ipsam donationem non transferre dominium.

3. Præterea donatio quoad effectum confertur cum emptione venditione *d. §. Alia:* Atqui emptionem nemo dixerit esse modum acquirendi dominium, propter textum in *§. 3. I. de empt. vendit.* Igitur nec donatio iure poterit modus acquirendi dominium constitui.

4. Insuper pactis & conuentionibus non transferuntur rerum dominia, *l. 3. ff. de obligat. & act. l. 20. C. de pact.* Atqui donatio hodierno iure est pactio & conuentio *d. §. Alia. d. l. si quis argentum.* Quocirca donatio inter viuos pura & simplex non est modus acquirendi dominium, sed nouo iure est titulus & causa dominii acquirendi, ex qua si traditio sequatur, dominium iure naturali acquiritur, *§. per traditionem I. de rer. diuis.* Hotom. ad *pr. I. de donat.*

His vero nihil refragantur quæ pro priori sententia adducta fuerunt.

Ad primum respondent nonnulli, quos & Trentlerus noster sequitur, Iustinianum Imperatorem in *d. pr.* hoc saltem dicere *donationem esse genus adquisitionis*, non vero asserere quod sit genus adquisitionis dominii; proinde secundum naturalem donationis qualitatem ita accipi debet, quod sit modus acquirendæ obligationis ex *d. §. Alia. l. de donat. & d. l. si quis argentum C. eod. tit.*

Verum hæc interpretatio difficulter admodum sustineri poterit: Tum quia verba ista: *Est & aliud genus adquisitionis donatio*, sunt relatiua, sese referunt ad præcedentia, atque significant quod tale genus adquisitionis sit donatio, de qualibus adquisitionum generibus in proxime præcedentibus pertractatum fuerit. Atqui in præcedentibus non fuit tractatum de adquisitionibus obligationis, sed de acquisitionibus dominii vti palam est: Ex sententia proinde ac mente Iustiniani Imperatoris, donatio non est acquisitio obligationis sed dominii. Tum quia in *§. fin. I. de vsu & habit.* Iustinianus sibi proponit tractare de modis, quibus iure ciuili res nobis acquiruntur & statim subiicit titulum *de vsucapionibus* & titulum *de donationibus*, quo sine ipso sufficienter declarat, quod donationem velit esse modum acquirendi dominium. Et sane n. si statuatur donationem esse modum acquirendi dominium, vnicus tantum erit modus, quo iure ciuili dominiũ acquiratur, videlicet vsucapio: At hoc repugnat Iustiniano in *d. §. fin. I. de vsucap.* Tum quoque in *§. fin. I. de donat.* subiicitur fuisse olim & alium modum ciuilis adquisitionis, ius sc. accrescendi: Quæ verba & ipsa relatiua sunt, atque ad proxime præcedentem donationem sese referunt, innuuntque quod qualis modus acquirendi fuerit olim ius istud accrescendi, de quo illo in *§. fin.* tractatur, talis etiam adquisitio sit donatio. Iam vero certum & indubitatum est, quod ius istud adcrescendi fuerit dominii adquisitio, prout & Iustinianus in *eod. §. fin.* satis indicat; Igitur exinde quoque colligere promptissimum est quod donatio sit adquisitio dominii. Tum denique quia si donatio esset mo-

dus.

dus acquirendæ obligationis, vtique de ea loco prorsus alieno tractatum fuisset inter modos, quibus non obligatio, sed dominium acquiritur, oportuissetque de ea *lib. 3. Instit.* eoque in loco tractari, in quo de contractibus & obligationibus ex professo agitur. Rectius proinde ad *d. pr. I. de donat.* responderi videtur, cum illic dicitur genus acquisitionis, non intelligitur donatio inter viuos, sed donatio mortis causa, de qua etiam in §. *seq.* Iustinianus tractat: Hanc enim esse modum acquirendi & transferendi dominium, extra omnem controuersiæ aleam positum est, cum enim legatis per omnia, quoad effectum scilicet, comparetur & exæquetur, vt Iustinianus ait in §. 1. *de donat.* & *l. fin. C. de donat. mort. caus.* sequitur vt sicut per legatum recta via, nulla etiam heredis traditione interueniente, dominium rei legatæ ad legatarium transfertur *l. 64. ff. de furt.* Ita quoque per donationem mortis causa statim à morte donatoris, rei donatæ dominium ad donatarium transeat.

Et quanquam dissentientes regerant: De donatione inter viuos eodem in titulo æque ex professo tractari, atque de donatione mortis causa; adeoque donationem quoque inter viuos modis acquirendi dominium numerari.

Resp. Concedendum tamen non est, propositum fuisse Iustiniano de donatione inter viuos æque ex professo tractare: Sed cum principaliter de donatione mortis causa, tanquam de modo, quo dominium iure ciuili transfertur, tractare instituisset, ideo vt eo magis perspicuum euaderet, quid esset donatio mortis causa, voluit quoque simul declarare, quænam esset donatio inter viuos, donationi mortis causa opposita, cum & alias contraria iuxta se posita reddantur illustriora.

Nec refragatur superiori responsioni quod principium *d. tit. de donat.* sit generale atque ibidem Iustinianus non in specie de donatione mortis causa asserat, quod sit acquisitionis genus, sed de donatione in genere.

Resp. Nam verba generalia restringuntur secundum qualitatem ac habilitatem subiecti: cum talia sint prædicata, qualia permittuntur esse à suis subiectis.

Ad *secundum, tertium & quartum* respondendum, iure veteri, quod in Pandectis habetur, donationem inter viuos fuisse modum acquirendi & transferendi dominii, cum eius pars essentialis fuerit traditio: At hodie ex noua Iustiniani constitutione in *l. si quis argentum. Cod. de donat.* & §. *Alia. 2. Inst. eod.* non amplius esse modum dominium transferendi & acquirendi, sed modum acquirendæ obligationis siue conuentionem. Ita Cuiac. 10: *obseruat. 28.* & Anton. Fab. *error. pragmat. dec. 45 Error. 8.*

Ad *quintum* resp. Donationis pars substantialis non amplius est traditio postquam ex Iustiniani constitutione nuda voluntate perficitur, ac pro perfecta habeatur, antequam res donata fuerit tradita *d. §. alia* & *d. l. Si quis argentum Cod. de donat.* Quinimo, quod donatio à traditione differat, vt causa ab effectu, vel ipse §. *per traditionem* luculenter ostendit, in quo Iustinianus dominium transferri ait, non ex ipsa donatione, si ex causa donationis res traditur. Quapropter dominium transfertur non ex ipsa donatione, sed ex traditione facta ex causa donationis in *d. §. per traditionem.*

Ad *sextum* respondeo vt ad præcedens: Traditionem ad donationis perfectionem minime desiderari, vt quæ, teste Iustiniano, perficiatur sola vtriusque voluntate in scriptis vel sine scriptis manifesta *dict. §. alia.*

Ad *postremum* resp. Illud hoc solum probare, quod in *tit. de donation.* agatur

de modo acquirendi: Id quod à nemine negatur; Verum hunc modum esse donationem Inter viuos, id inficiamur.

Quæst. 4. *An donatio sit pactum legitimum.* Cum igitur hactenus euicerimus donationem simplicem et propriam non esse contractum, nec modum acquirendi dominium, restat vt dicamus & statuamus, eam esse pactum legitimum. Quæ etiam sententia hac obtineri potest ratione, Quod enim donatio sit pactum & quidem pactum nudum exinde patescit, quod nuda voluntate perfici ac perfecta ad exemplum emptionis obligationem efficacem producere dicitur §. *Alia. Inst. de donat. d. l. Si quis argentum.* §. *penult. C. eod. tit.* Iam vero pactum legitimum illud est, quod quidem per se nudum est, & ad producendam ciuilem obligationem & actionem pariat. *l. legitima ff. de pact.* Id quod ex Iustiniani constitutione accidisse donationi in propatulo est, atque demonstrant textus modo allegati. Et hæc sententia verissima esse videtur.

Lit. B. Cæterum quod Treutlerus noster donationem pactum legitimum simul & contractum esse, pactumque legitimum à contractu nil quicquam differre statuit, id vero aliquid monstri alit, atq; à vero non parum deuiare videtur; Quanquam sua quoque habere videatur fundamenta: Et quod omne pactum legitimum sit contractus, ac viciſſim, omnis contractus sit pactum legitimum, sequentibus rationibus confirmari videtur.

1. Etenim pacta nuda non pariunt actiones *l. 7. §. quinimo. ff. de pact. l. 45. eod. l. 10. C. de pact.* Atqui pacta legitima pariunt actionem *l. legitima 6. ff. de pact.* Ergo pacta legitima non sunt nuda.

2. Contractus sunt pacta, quæ habent vel proprium nomen vel negocium. Atqui pacta legitima quoque habent certum & legitimum nomen, vt pactum donationis, pactum constituti & pactum hypothecæ: proinde pacta legitima non sunt dicenda nuda.

3. Et pacta non possunt dici nuda, quæ actionem pariunt; cum pacta ex eo dicantur nuda, quod vi & efficacia ad agendum destituuntur, *l. 10. C de pact.* Atqui pacta legitima non destituuntur vi & efficacia ad agendum *d. l. 6. ff. de pact.* Igitur pacta legitima non sunt nuda.

4. Ex quo nascitur ciuilis obligatio, illud est vel contractus, tertium enim non datur. *§. 1. I. de obligat. l. 1. ff. de obligat. & Act.* At vero obligationes & Actiones, quæ ex pactis legitimis nascuntur, non possunt dici ex maleficio profectæ. Ergo sunt ex contractu, ac, quod huic consequens est, pacta legitima sunt contractus.

5. Pactum legitimum est conuentio quæ ad actionem producendam iure ciuili prodita & cognita est *d. l. 6. de pact.* Atqui contractus quoque est conuentio, siue pactum ad producendam actionem efficax & idoneum iure ciuili. Ergo contractus est pactum legitimum.

Contrariam opinionem, quæ & verior est, amplectuntur Henric. Bocer. ad *l. 23. c. 1. n. 7. de R. Iur.* Gœdd. *de contrah. stipulat. c. 3. n. 59.* Cuiac. 11. *obseruat. 17.* & ad *l. 1. & l. 6. ff. de pact.* Borcholt. *de pact. c. 2. diuis. 4. n. 5. & 6.* Donellus ad *l. 10. n. 9 C. de pact.* & innumeri alii, qui vnanimiter statuunt, pacta legitima esse nuda; adeoque nec pactum legitimum esse contractum, nec contractum omnem pactum esse legitimum.

Rationes ac fundamenta huius opinionis sunt;

1. Quæcunque conuentio non habet nomen proprium, certum ac legitimum, nec causam continet seu negocium, illa est nuda, non vestita, nec contractus

tractus, quoniam hæc duo vel coniunctim, vel singula eorum, seorsim faciunt contractum *l.7.pr.§.1.§.2 ff. de pact.* Atqui pacta quæ dicuntur legitima, nec habent causam, seu negocium, nec nomen proprium: Igitur sunt nuda.

Assumptio huius argumenti probatur, & quidem primo, quod pactum legitimum non habeat causam vel negocium, siue synallagma, inde constat, quia negocium seu causa dicitur, cum dedi tibi vt aliquid faceres, cum dedi vt dares, cum feci vt faceres & cum feci vt dares, *l.7. §.2.ff. de pact. l.5.ff. de præscript. verb l.15. eod.* Atqui pacta legitima nihil horum continent, vt paulo infra demonstrabitur, sed solo consensu perficiuntur: Deinde nec certo ac legitimo nomine designantur: Nam etsi pacta quædam legitima habeant nomina, vt constiturum, donatio, hypotheca: Hæc tamen nomina vel iuris gentium sunt, vel prætoria, non iuris ciuilis: At contractus illos demum nominatos dicimus, qui nomina habent vel à iure ciuili inuenta, vel ab eodem approbata, *l.3. de præscr. verb.* Comprobata ea sunt, quæ à iure gentium inuenta, à legibus Romanis approbata sunt, licet non omnia nomina contractibus, à iure gentium imposita, à iure ciuili fuerint approbata, vt arguit permutatio, transactio, &c. quos contractus innominatos esse constat.

2. Quatuor duntaxat sunt contractuum genera: Nam aut verbis perficiuntur, aut re, aut literis, aut consensu *§. fin. I. de obligat.* Iam vero constitutum, donatio, hypotheca & reliqua pacta legitima non sunt ex eorum genere. Igitur non sunt contractus.

Assumptio inde probatur, quia ad contractus reales & literarum pacta legitima referri nequeunt, vt quæ nudo ac solo consensu perficiantur, nec ad sui perfectionem vel rei traditionem vel verba vel literas desiderent, *l.1.pr.l.14. §. fin.ff. de constit. pecun. §. 2. I. de donat. l.35. C. eod. tit. l.1.pr. ff. de pign. act. l.17. §. de pign. ff. de pact.* Nec magis ad contractus, qui consensu perfici dicuntur, referri possunt pacta legitima, quia omnes isti contractus mutuam pariunt obligationem, *vers. in his contractibus, I. de oblig. quæ ex consens.* Pacta vero legitima non pariunt mutuam obligationem, cum is solus obligetur, qui constituit se soluturum, Ex donatione solus donator; Ex hypotheca solus is, qui rem suam hypothecauit.

2. Quia pacta legitima stricti sunt iuris, *arg §. Actionum Inst. de Act.* Contractus autem qui consensu perficiuntur, omnes sunt bonæ fidei, *§. fin. Inst. de obl. quæ ex cons. l. 2. §. fin. Digest. de oblig. & Act.* 3. Quia pacta legitima non annumerantur illis contractibus, qui consensu perficiuntur, *§. fin. Inst. de oblig. quæ ex consens. d.l.2.§. fin. Digest. de oblig. & Act.* vbi quatuor duntaxat recenset Iustinianus: Nec putandum est, quosdam saltem illic voluisse Imperatorem exempli gratia referre: Alias enim subiecisset haut dubie hæc verba: Et alii innumerabiles, vt in *§.2. Inst. de iure Nat. Gent. civ.* vel, & cæteri similes, vt in *§. præterea quasdam, Inst. de Act. l.7.§.1. Digest. de pact.* vel & alias quam plures, vt in *§. in personam quoque Inst. de Act.* vt nunc taceam, quod in *d. tit. Inst. de obl. quæ ex consens. & d.l.2.§. fin.* propositum fuerit Iustiniano & ICto perfectam tradere diuisionem.

3. Pacta legitima dicuntur nuda, in *l. frumenti 12. Cod. de vsur. l. Etiam ex nudo pacto 30. Digest. eod. l. Nuda, Cod. de contrah. stipulat. ex tot. tit. C. de dot. prom. & nuda pollicit.* Quibus in locis agitur de certis qu.busdã casibus, quibus ex pacto actio datur, ideoque de pacto legitimo.

Et

Et tamen idem hoc pactum nudum nihilominus dicitur.

4. Si pacta legitima essent contractus, tunc sane per conuentiones seu pacta legitima contractus significarentur, *in l. legitima 6. ff. de pact.* Sed ibi pacta legitima contractus non sunt: Ergo pacta legitima non sunt contractus. Assumptio hinc probatur quod *in l. 5. ff. de pact.* priuata conuentio diuiditur in legitimam & Iurisgent. conuentionem. Atq; hæ duæ conuentionis species statim deficiuntur ac declarantur in duabus legibus sequentibus: Iurisgentium autem cõuentioni adscribuntur contractus iuregentium constituti, *in l. 7. pr.* Iurisgentium igitur contractus non significantur per pacta legitima, *in d. l. 6.* Nec etiam referri possunt pacta legitima ad contractus iure ciuili introductos, vt infra pluribus ostendetur. Sequitur itaque quod pacta legitima non sint contractus.

5. Quæ nominibus differunt, re ipsa differunt, *l. 7. idem. 7. C. de codicill.* Atqui pactum legitimum & contractum nomine differre certum & manifestum est. Quare hinc sequitur quod & re ipsa differant.

6. Contractus sua natura ac vi propria parit actionem, *l. 19. de verb. significat. §. sequens diuisio. l. de obligat.* Atqui pactum legitimum non parit actionem vi propria, sed adiumento legis, *d. l. 6. de pact. l. 23. C. de pign. & hypoth.* Hinc itaq; omnino concludendum videtur, quod pactum legitimum sit nudum, nec idem sit quod contractus.

Nunc videamus, quid ad prioris contrariæ opinionis fundamenta respondendum sit.

Et quidem ad *primum* Resp. quod dicitur pacta nuda non parere actionem, generale quidem & regulare esse, verum exceptionem habere in pacto legitimo & eo pacto, quod in continenti contractui adiectum est, *d. l. 6. §. Et ideo interdum. ff. de pact.* proinde regulam istam: ***pactum nudum non parit actionem***, cum hac limitatione intelligendum esse; ***Nisi legitimum fuerit factum*** atq; lege aliqua ad hoc confirmatum, vt actionem pareret, *d. l. 6.* Deinde, Illæ demum conuentiones non sunt nudæ, quæ vi & virtute propria actionem pariunt. Atqui pacta legitima pariunt quidem actionem, sed non propria vi ac virtute, Verum legis adiumento, vt Paulus ICtus *in d. l. 6.* claris ac perspicuis verbis significat, quando ait, tunc ex pacto actionem nasci, ***quando lege aliqua ad hoc confirmatur.*** Denique non statim quæ in vno aliquo effectu conueniunt, ea quo ad substantiam sunt idem & specie etiam conueniunt, cum fieri possit, vt res naturæ diuersæ eundem aut similem producant effectum: Quanquam, vt dixi, nec quoad effectum legitima conuentio per omnia cum contractu conueniat; siquidem contractus sua natura atque vi propria actionem parit; pactum vero legitimum vi ac virtute aliena, ex confirmatione scilicet legis.

Ad *secundum* argumentum solutio patet ex prædictis: Nomen enim, quod habent pacta quædam legitima, non est legitimum ac ciuile, sed aut iurisgent. aut iuris ciuilis, vti ad primum nostræ opinionis argumentum fuit demonstratum.

Ad *Tertium* consimiliter non est difficilis solutio ex illis, quæ ad primum argumentum paulo supra responsa fuerunt. Etsi enim vim & efficaciam pariendi actionem habere videantur pacta legitima: Eam tamen non ex se, nec sua ex natura habent, sed ex lege, qua ad producendum actionem confirmantur & adiuuantur, *d. l. 6.*

Ad *Quartum* resp. Actionem personalem non solum ex contractu & maleficio, sed aliunde etiam nasci: Hinc siquidem Iustinianus in *§. 1. l. de act.* non absolute dicit actiones personales ex con-

contractu nasci vel maleficio, sed addit, *ex aliis quibusdam modis*: Et Gaius, in *d. l. de obl. & act.* differre subiicit: *Ex aliis causarum figuris*, actionem proficisci. Et sane huius rei exemplum perspicuum nobis exhibent condictiones, quas vocant naturales: Istarum enim pleræque aliunde quam ex contractu vel maleficio nascuntur, vt condictio causa data, causa nō secuta: cōdictio sine causa: cōdictio ob turpē causam &c. quæ ex sola naturali profi.iscūtur æquitate, vnde & naturales appellantur. Et quid de cōstituto dicemus, φ nō esse contractum, sed nudum pactum testatur *l. 1. de const. pecun.* Et tamen ex eo actionem nasci, extra omnem dubitationis aleam est positum.

Ad *postremum* Resp. vt supra ad primum & tertium responsum fuit.

Lit. C. Quæst. 5. *An donatio sit iuris g n-tium an iuris ciuilis?* De origine porro donationis & cuius ea fit iuris quæritur? Et quod iuris sit gentium vulgo sibi persuasum habent Interpp. Ita Matth. Wesenbec. *in partit. Dig. de donat. n. 2.* Mozzius *de donat. pr. n. 9.* Cuiac. 10. *obser. 28. & 12. obseruat. 28.* Oswald. Hillinger *lib. 5 c. 2. Lit. B.* Idquod sequentibus rationibus obtinere conantur Hubertus G.phanus in lectur. Altorphin. *rubr. de donat. numer. 13. & seqq.*

1. Liberalitas, inquiunt, ex iure gentium descendit, *l. 25. §. consuluit. ff. de petit. hæred.* Donatio autem est liberalitas. Ergo ex iure gentium.

2. Certi præterea & explorati est iuris quod ante Romanos etiam apud alias gentes in vsu fuerit donatio; Id quod sane tam veterum, quam recentium iuris scriptores apertissime testantur & luculenter probat textus *in §. 1. Inst. de donat.* ex quo liquet, quod apud Græcos quoque vsitata fuerit donatio. Non igitur ciuilis & propria est ciuium Romanorum.

3. Insuper precarium est iuris gentium. *l. 1. ff. de precar. in verb. quod genus liberalitatis ex iure gent. descendit.* Precarium vero est donatio quædam.

4. Idem probat *§. per traditionem 40. I. de Rer. diuis.* vbi donatio traditione facta expresse annumeratur modis illis, quibus dominia rerum iure gentium acquiruntur.

5. Ex forma cuiusque rei iudicatur de eiusdem origine; iam vero doceri non potest ex iure Romano, siue ciuili, nouam formam accessisse donationi.

6. Accedit his quod donatio rationem habet maxime naturalem; cum natura cognationem quandam inter nos constituerit, *l. 3. ff. de iust. & iure.* & ideo nihil naturalius sit quam hominem homini egenti subuenire. Cum antiquitas nihil aliud existimauerit esse Deum, quam prodesse mortalibus. Erasm. in adag. *Homo homini Deus.* Cum & natura propensi ad liberalitatem simus. Cic. in Lælio Senec. de benefic.

7. Denique naturali æquitati conuenit voluntatem Domini, volentis rem suam in alium transferri, ratam haberi, idque indistincte siue gratis siue aliquid vicissim pro eo recepturus.

8. Addit hisce noster Treutlerus & hoc argumentum, quod quæ consensu fiunt iuris sint gentium. Ita quippe Paulus ICtus *in l. 1. ff. locat.* ratiocinatur: *Locatio, conductio,* inquiens, *cum naturalis sit & omnium gentium, non verbis sed consensu contrahitur, sicut emptio venditio.* Iam vero certum est, quod donatio nudo consensu, nuda voluntate perficitur. §. *Alia. 2. I. de donat. & l. si quis argentum. §. penult. C. eod tit.* Donatio igitur inter viuos vera ac propria est iuris gentium.

Franciscus Hotomannus *in disp. de donat.* statuit, donationem esse iuris gentium respectu materiæ, id est, ipsius dominii translationis, respectu autem formæ, quæ mancipatione, cessione, aut traditione fit, esse iuris ciuilis.

MM Mihi

Mihi neutra harum opinionum arridet, sed sic potius statuendum censeo donationem inter vivos simplicem esse iuris ciuilis indistincte: Ad cuius assertionis confirmationem hæc adduci possunt argumenta.

1. Omne pactum legitimum est iuris ciuilis, siquidem vim suam & robur à lege ciuili, à qua confirmatur, accipit. *l. 6. Digest. de pact.* Hinc etiam legitima conuentio, conuentioni iurisgentium expresse opponitur in *l. 5. Digest. eod.* supra autem ostensum fuit, quod donatio sit pactum legitimum.

2. Quia formam habet donatio ex noua Iustiniani constitutione in *d. l. Si quis argentum. Cod. de donat.* Arqui ex quo iure quippiam suam habet formam, ex eodem etiam originem habere censetur, iuxta illud philosophorum, forma dat cuique rei originem & esse. At in quonam ista forma tandem consistit? Respondeo in hoc, quod cum olim donatio inter vivos nuda voluntate non perficeretur, nec consensu nudo ac solo facta, obligationem ciuilem ad producendam actionem efficacem pareret, constituit Iustinianus, vt nudo ac solo consensu perficeretur, perfectaque obligationem & actionē produceret. Addidit deinceps quod quingentos solidos excedens donatio insinuari debeat *d. §. Alia. Inst. de donat. d. l. Si quis argentum. §. penult. Cod. eod.* At, inquit Hiliger, hanc potius esse coarctionem donationum, frenum potius iniectum profusioni quam formam. Verum obseruari velim, quod non solum adiectione etiam à iure ciuili facta, res ciuilis efficiatur; Id quod sane diserte exprimit ICtus in *l. Ius ciuile ff. de iustic. & iure.* dum ait: Ius ciuile est, quod neque in totum à iure communi seu gentium recedit, nec per omnia ei seruit; itaque cum aliquid addimus, vel detrahimus iuri communi, ciuile ius efficimus.

3. Addi solet & ista ratio quod donatio expresse annumeretur modis acquirendi ciuilibus *§. vltim. Inst. de vsu & habitat. iunct. pr. & §. vlt. Inst. de donat.* quod fieri non posset si iurisgentium & non iuris ciuilis esset. Verum mihi ratio hæc satis firma ac solida esse non videtur, quandoquidem supra demonstratum fuit, quod donatio simplex inter vivos non sit modus acquirendi dominium iuris ciuilis, vel gentium, quodque illic dicitur donationem esse genus adquisitionis, id de donatione mortis causa intelligi debeat.

Cæteroquin duobus præcedentibus argumentis planissime euinci existimo, quod donatio iuris sit ciuilis Romani.

Nec mouent quicquam quæ supra pro contraria opinione adducta fuerunt.

Ad *primum* enim responsio expedita est, Tametsi enim genus donationis, scilicet liberalitas sit ex iure gentium, exinde tamen inferre non licet, quod species liberalitatis donatio nempe ex eodem iure descendat: quandoquidem de origine cuiusque rei non ex genere, sed ex forma eius iudicium fieri oportet: At formam donationis ex iure ciuili esse, supra fuit demonstratum ex *l. Si quis argentum. Cod. de donat.* Hoc vt exemplo luculentissimo declarem constat stipulationis genus, conuentionem videlicet *l. 1. ff. de pact.* esse iurisgentium *d. l. 1 §. conuentionis.* Et tamen stipulationem iuris ciuilis esse, per text. in *l. 1. Digest. de locat. conduct.* propterea quia formam suam ex iure ciuili habet.

Ad secundum argumentum itidem difficilis non est responsio: Fateor equidem

quidem donationem apud alias quoque gentes æque atque apud Romanos in vsu fuisse; sed non talem donationem, qualis apud Romanos secundum ius Romanum celebrari solet.

Sic enim & patria potestas aliarum quoque gentium fuit quam Romanorum; veruntamen quia nullæ aliæ gentes talem in liberos potestatem habuerunt, qualem Romani, ideo patria potestas à Iustiniano dicitur propria ciuium Romanorum. §. 2. *Inst. de patria pot.*

Tertio argumento respondetur precarium in *d.l.1.§.2.Digest.de precar.* non dici speciem donationis, sed speciem liberalitatis: Liberalitatem vero iuris esse gentium vtique fatemur, nec vllum ea de re est dubium. Adhæc non sequitur precarium, quod species est donationis, ex iure gentium descendit: Ergo ex eodem quoque iure originem trahit donatio inter vivos simplex: Argumentum quippe ab vna specie ad alteram non valet, cum vni speciei plus inesse possit quam alteri: Sic enim non sequitur: stipulatio, quæ est species conuentionis *d.l.1.§.conuentionis ff.de pact.* ex iure ciuili est. Ergo etiam emptio venditio, quæ & ipsa quædam conuentionis species est.

Quartum argumentum non magni momenti est & facile dissoluitur, si animaduertimus traditionem à donatione esse diuersam ac separatam, per textum expressum in *d.§.Alia.I.de donat.* Et donationem esse causam saltem & titulum traditionis, ex qua traditione postea iuregentium dominium transferatur: proinde in *d.§. per traditionem.* donatio non annumeratur modis acquirendi dominium iuregentium, sed traditio, cuius titulus est, vt dixi, donatio, prout hoc perspicue demonstrant verba *d.§.per traditionem.*

Quinti argumenti solutio patet ex prædictis: demonstratum quippe fuit quod donatio formam suam ex iure ciuili Romano habeat.

Ad sextum respondeo, non omnia quæ rationem habent naturalem esse iuris naturalis vel gentium: Tutela quippe iuris ciuilis est §. *Tutela. 1. Inst. de tutel.* Et tamen rationem habet naturalem, §. *impuberes. Inst. de Atil. tutor.* stipulatio ratione nititur naturali, *l. 1. pr. Digest. de pact. l. 1 Digest. de constit. pecun.* Et tamen iuris ciuilis est, *l. 1. Digest de locat. conduct.* Et huius generis exempla infinita produci possent; Hucque accommodari debet quod scribitur in *l. Ius ciuile. Digest. de iust. & iure.* Ius ciuile à iure naturali in totum non recedere.

Idem respondendum est ad septimum quoque argumentum: Nec enim omnia quæ conueniunt æquitati naturali iuris sunt naturalis. Sic enim conuentiones vniuersæ, quia æquitati maxime consonæ esse debent, dicendæ forent iurisgentium. Quin & legatum, fideicommissum omnesque modi acquirendi transferendique dominii, quibus que voluntate domini res transfertur, forent iurisgentium, quod absurdum est.

Ad octauum respondendum est, Ea quæ iurisgentium sunt consensu fieri: idque solum velle *d.l.1.locat.* At non contra, quæ consensu fiunt, iuris sunt gentium: Sic enim omnia pacta legitima quia consensu fiunt, iurisgentium essent, quod falsissimum est, *arg. l. 5. ff. de pact.* Remotis igitur hisce obstaculis relinquitur falsam esse illorum sententiam, qui statuunt quod donatio iurisgentium sit.

Sed nec altera Fr. Hotomanni verior est: Tum quia non ex materia, sed ex sola forma de rei cuiusque origine iudicari debet. Tum quia trãslatio dominii, quę per traditionẽ fit, ad substãtiã do-

tionis plane non pertinet, vt supra demonstratum fuit: Habet siquidem donatio sese ad traditionem, vt antecedens ad consequens vt causa ad effectum, cum donatio sit causa siue titulus vnde donatio fiat *d. §. per traditionem, de rer. diuis.* Tum quia donatio hodie nec cessione, nec mancipatione, nec traditione fit, sed nuda voluntate perficitur.

Verissima proinde est nostra sententia, quod donatio inter viuos pura & simplex iuris ciuilis sit.

Quæst. 6. *An donatio propter nuptias sit iuris gentium?*

De donatione propter nuptias itidem controuersum est, vtrinam iuri adscribi debeat?

Et quidem Fr. Connanus *lib. 1. comm. c. 6. n. 11.* statuit donationem propter nuptias, quam maritus vxori etiam non promissam præstare cogitur doti æqualem, esse iuris ciuilis, cum eam Iustinianus demum induxerit: donationem vero propter nuptias expresse promissam esse iurisgentium quia synallagma contineat.

Sed mihi indistincte dicendum videtur, quod hæc donatio ex iure ciuili descendat, fundamentum huius opinionis videor mihi habere longe validissimum in §. *Est & aliud genus 3. I. de donat.* vbi Iustinianus donationem propter nuptias ait veteribus prudentibus incognitam à iunioribus demum principibus introductam esse: ex quo certe sequitur hoc donationis genus non ex gentium sed ex ciuili iure descendere.

Et quanquam historiæ sacræ & prophanæ testentur, quod & alii populi consueuerint in dotis recompensationem sponsalitias largitates exercere, exinde tamen nequaquam efficitur, quod iuris sint gentium; cum non statim quod vni atque alteri populo vsitatum est, iuris sit gentium; sed id demum ex iure gentium descendere dicatur, quod ratio naturalis inter omnes homines constituit, §. 1. *I. de Iure Nat. Gent. & ciuil.*

Nec me mouet Connani ratio, quod nempe donatio propter nuptias synallagma contineat, Ab initio siquidem hanc donationem continere synallagma nullo modo concedo, cum nuda fiat conuentione, quamuis conditionem habeat, si nuptiæ fuerint secutæ: Aliud autem esse synallagma, & aliud conditionem quisque facile intelligit: Quia nec solum synallagma conuentionem iurisgentium facit, sed forma cuiusque conuentionis specifica inspicitur: hæc si ex iure gentium est, nec vllum ex ciuili iure additamentum habet, iurisgentium efficit contractum; Sin minus iuri ciuili conuentio adscribenda venit.

Perficitur proinde donatio, vt hactenus ostensum est, nuda voluntate, siue nudo consensu vtriusque donantis nempe & donatarii, quo ille quidem liberalitatem offerat: Hic vero eandem acceptet: Nec enim inuito beneficium datur & obtruditur, vt vulgaris habet iuris Canonici regula. *Lit. D. E & F.*

Quæst. 7. *An valeat donatio reciproca hac lege facta vt praedefunctі bona ad superstitem pertineant?*

Sed nunquid valeat donatio reciproca siue mutua, hac lege facta, vt alterius prius sine liberis defuncti bona ad superstitem pertineant? difficilior est controuersia?

Pro Affirmatiua sententia militant Andr. Gailius *lib. 2. pract. obseruat. 126. & seq.* Mynsing. *cent. 2. obseruat. 33.* Fr. Hotom. *consil. 72. n. 45. & seq.* Vdalricus Zasius *consil. 1. n. 1. & seq. volum. 2.* Boetius *decis. 355. n. 2. & 3.* Iason ad *l. si pater puellæ n. 3. C. de inoff. testam.*

Sed pro contraria sententia pugnant plerique Neoterici & ex illis imprimis Scipio Gentilis *lib. 2. c. 20. de donat. inter vir. & vxor.* Daniel Moller. ad *constit. 13. part. 2 n. 6.* Quæ etiam sententia admodum speciosis niti videtur rationibus.

1. Quia generaliter omnis pactio de mutua sive vicissitudinaria successione est prohibita, test. apertus est in *l. licet 19. C. de pact.* vbi Imperatores scribunt:

Licet

Licet inter priuatos huiusmodi scriptum, quo comprehenditur vt is, qui superuixerit, alterius rebus potiatur, ne donationis quidem mortis causa gestæ efficaciter speciem ostendat, tamen cum voluntas militum quæ super vltimo vitæ spiritu deque familiaris rei decreto quoque modo contemplatione mortis in scripturam deducitur, vim postremi iudicij obtineat, proponas que te ac fratrem tuum ad discrimen prælij pergentes ob communem mortis fortunam inuicem esse pactos, vt ad eum, qui superstes fuisset, res eius, cui casus finem vitæ attulisset, pertinerent; existente conditione intelligitur ex fratris tui iudicio, (quod principalium constitutionum prompto fauore firmatur) etiam rerum eius compendium ad te delatum esse. Ecce his verbis primo proponitur regula quod pactum de successione reciproca valere non debeat, ab ista vero regula nuspiam in toto iure reperitur excepta pactio siue donatio coniugum reciproca. Secundo excipiuntur à regula ista soli milites; quæ exceptio regulam confirmat in casibus non exceptis & sic etiam in donatione mutua coniugum.

2. Facit pro eadem sententia ratio ob quam pacta de futura successione sunt prohibita, quia videlicet talia pacta sint plena tristissimi & periculosissimi euentus, cum præbeant occasionem insidiandi vitæ alterius, eius videlicet cuius successionem quisque & hereditatem ex pacto petat & ideo sint, maxime inter coniuges, improba, captatoria & abominanda.

Cæterum prior ista contraria opinio non minus speciosis, si non probabilioribus nititur rationibus.

1. Primo enim fundatur in consuetudine in Romano Imperio vsitatissima, inque praxi & obseruantia quotidiana, de qua vnanimiter superius allegati DD. testantur, & per se ita est explorata, vt de illa dubitare nullo modo liceat. Illa vero consuetudo non modo optima est legum scriptarum interpres, sed etiam per se ius est. & vim legis obtinet *l. 32. ff. de legib. §. constat. I. de iure Nat. gent. & ciuil.*

2. Accedit quod in supremo quoque imperii dicasterio, Camera, inquam imperiali, hæc ipsa sententia, multis præiudiciis, Mynsingero teste, sit comprobata; vt proinde secundum eandem inferioribus in iudiciis pronunciari oporteat.

Neque huic sententiæ multum detrahunt argumenta in contrarium superius adducta.

Ad prius enim quod attinet respondetur textum *d. l. 19.* & regulam illic propositam loqui de promissione simplici per pactum de successione reciproca. At nobis hic sermonem esse de promissione mutua successionis ex causa donationis inter viuos; proinde etsi illo casu pactio non valeat; hoc tamen valebit, quia non est pactum futuræ successionis, sed obligatio descendens ex contractu de præsenti inter viuos celebrato, vnde conditionalis nascitur obligatio, si alteruter sine liberis præmoriatur, quæ obligatio eueniente conditione ad tempus conuentionis retrotrahitur & pro pura habetur, *l. Necessario §. 1. ff. de periculo & commodo rei venditæ*, *Gail. d. obseruat. 26.*

Deinde etsi ab ista regula *d. l. 19.* non reperiatur donatio coniugum reciproca nominatim & expresse excepta, quia tamen ratio istius regulæ deficit in prædicta coniugum donatione, idcirco res ipsa suadet ad eam non extendi illam regulam.

Denique posito non tamen in veritatis præiudicium concesso, quod casus etiam noster, illaque donatio reciproca, qua de nobis hoc loco sermo est, sub præfata *l. 9* contineatur, consuetudo tamen superius allegata vtique illam hodie exciperet, & *d. l. 19.* hactenus li-

mitaret ac restringeret. Nam consuetudo earum est virium, vt leges ciuiles anteriores in totum etiam tollere & abrogare queat, *d.l.32.*

Quæst. 8. *An ad perfectionem donationis expressus donatarii consensus sit necessarius.*

Cæterum anne donatarii consensus expressus sit necessarius, an vero sufficiat ipsi præsenti & tacenti fieri donationem, vt eius exinde colligatur consensus, quæstionis est haud ita extricatæ.

Affirmatiuam sententiam amplectitur Author noster, secutus Anton. Gomez. *Variar. resolut. tom. 2. c. 9 n. 2.* Schard. *in rubr. C. de pact.* Fundamentum huius opinionis hoc est, quod pollicitatio sit quæ fit præsenti & tacenti nec expresse consentienti, quia tunc fit solius offerentis promissio: pactum vero tunc demum fiat, quando inter præsentes & expresse consentientes fit per verba formalia vel æquipollentia: Et ratio huius ista redditur, quod alias promissio facta ex causa onerosa tacentem obligaret, quod durum foret: Nec rem hanc ad promissionem ex lucratiua causa factam liceat coarctare, quia nimis diuinatoria & violenta foret ista diuinatio.

Veruntamen contraria sententia, quam sequuntur Iulius Clarus *lib. 4. sent. §. donatio q. 14. n. 5.* Angel. *Consil. 183. colum. 2.* Curt. Iun. *in rubric. C. de pact.* Didacus Couarruv. *Tom. 1. de testam. tert. rubr. part. nu. 19.* contrariam sententiam amplectuntur, statuentes quod ad donationis perfectionem sufficiat tacitus donatarii consensus, qui ex præsentia eius & taciturnitate colligatur. Huius vero opinionis hæc sunt fundamenta.

1. Certum est quod pacta nuda, cuiusmodi etiam inter viuos donationem esse supra demonstratum fuit; non modo expresso sed tacito etiam consensu fiant *l. 4. pr. ff. de pact.* Iam vero in proposito donatarius præsens & tacens intelligitur tacite consentire, quandoquidem tacens consentire censendus est in his quæ ad eius vtilitatem spectant *l. qui patitur ff. mandat.*

2. Accedit quod cum mandatum solo contrahatur consensu, idcirco qui non prohibet pro se interuenire, mandare intelligitur *l. semper 60. ff. de R. Iur.* Pari itaque modo dicendum est, eum qui non prohibet sibi donare, consentire intelligitur: Nec sane ratio vlla dari potest, quare mandatum tacito consensu ex sola præsentia & taciturnitate contrahetur: donatio vero non item: cum tamen mandatum mandanti nocere ac præiudicare, donatio vero donatario obesse non possit.

3. Hinc proculdubio & illud est, quod Iustinianus ad perfectionem donationis solum requirit, vt donator suam voluntatem manifestauerit; de donatario autem hoc non desiderat *d. §. Aliæ, l. de donat.* quia videlicet sic tacendo consentire censetur, adeoque opus non habet vlla alia voluntatis suæ declaratione.

Nec admodum refragari videtur ratio & fundamentum contrariæ opinionis; Quod enim pactum tacito etiam consensu fiat, nec expressum præcise consensum desideret, inprimis probat *d. l. 4. ff. de pact.* Deinde pactum fit consensu vtriusque paciscentis *l. 1. ff. de pact.* Atqui tacens consentire videtur. *c. qui tacet. d. Reg. Iur.* Denique *in l. Donationis §. species. ff. de donat.* præsentia & patientia filiæ operatur consensum & approbationem donationis à matre sibi factæ: proponitur enim illic species extra dotem à matre, filiæ nomine, viro traditas & additur easdem intelligi filiæ præsenti & tacenti donatas, falsum proinde est pactum solo expresso consensu fieri.

Nec ad rem facit, quod nostra præsupposita opinione consequens foret, ex causa onerosa aliquem tacentem obligari posse: Etenim prædicta iuris regu-

la,

la, qui tacet, videtur consentire, *d. c. qui tacet. extr. de Reg. Iur.* locum habet tunc demum, quando de tacentis commodo & vtilitate agitur, secus quando de præiudicio ipsius & incommodo tractatur *l. filiusf. §. qui inuitus. ff. de procurator. l. penult. ff. de furt.* Didacus Couarruv. *loco supra allegat.*

Quocirca verissimum est, quod donatio facta præsenti & tacenti donatario valida sit, & non minus necessitatem rei donatæ tradendæ inducat, atque donatio expresso consensu facta.

RESOLVTIO THESIS Secundæ.

SEquitur nunc post definitionem donationis eiusdem diuisio.

Diuiditur enim donatio in directam siue simplicem, meram & absolutam, quæ scilicet solius liberalitatis causa & sine vlla negotii gestione conficitur. Et in impropriam siue negotialem, quæ non solius liberalitatis, sed etiam negocii gerendi causa conficitur. Et hæc diuisio habetur *in l. 1. ff. de donat.* vbi Iulianus ICtus in hæc verba scribit: Donationes complures sunt; Dat aliquis ea mente, vt statim velit accipientis fieri, nec vllo casu ad se reuerti: Et propter nullam aliam causam facit, quam vt liberalitatem ac munificentiam exerceat: Hæc proprie donatio appellatur: Dat aliquis vt tunc demum accipientis fiat, cum aliquid secutum fuerit, non proprie donatio appellatur, &c. Sunt autem impropriæ & Negotialis donationis, prout ab Hotomanno & Giphanio appellitatur, quatuor species. I. Cum donationi dies adiicitur, vt si quid donetur ad tempus certum vel incertum, *l. 1. 2. & 3. C. de donat. quæ sub mod. l. vlt. C. de legat.*

II. Cum donationi adiicitur conditio, vt *in l. 1. l. 18. §. 1. ff. de donat.*

III. Cum causa donationi adiicitur, eaque vel præterita, vt quia quis de aliquo est bene meritus, quæ & remuneratoria donatio dicitur, *l. 19. l. 34. §. 1. ff. de donat.* Vel futura causa, vt dono tibi Stichum, vt eum manumittas; dono tibi centum, vt nomen meum feras.

IV. Cum modus adiicitur donationi, vt dono tibi fundum, vt alteri ex eo aliquid des annui aut menstrui, *l. vltim. C. de rerum permutat. & tot tit. C. de donat. quæ sub modo.* Hotom. *disp. de donat. c. 2. n. 5. & seq.* Hubert. Giphanius *in lectur. Altorphin. ad rubric. de donat. numer. 32. & seqq.*

Cæterum in dubio vtra præsumatur donatio, propria an vero impropria disputari solet? Et quod præsumatur donatio vera & propria potius, quam negocialis & impropria hæc videtur efficere ratio, quod in dubio semper pro verborum rerumque proprietate sit præsumendum vsq; dum aliud demonstratum fuerit *l. Non aliter. Digest. de legat. 3.* Quocirca cum quis verbo donationis vsus est, & dubitatur, vtrum propriam & simplicem, an vero impropriam intellexerit donationem, præsumetur donatio propria & alteri, qui contendit impropriam donationem esse factam onus probandi incumber. *Quæst. 92. In dubio vtrum præsumatur donatio propria?*

Sic igitur, vt donatio pro remuneratoria habeatur, necessum est causam & merita officiaque, ob quæ donatio sit facta, diserte esse expressa, prout in facti specie *l. 27. ff. de donat.* factum fuisse ostenditur, aut si nominatim à donatore expressa non fuerint, requiritur vt à donatario probentur.

Cæterum Andreas Geilius 2. *obseruat. 38. n. 6.* Iulius Clarus *d. §. donatio. q. 3. n. 2.* statuunt tunc demum probationem benemeritorũ donatario incũbere, quãdo donans eiusmodi est persona, quæ alias libere non posset donare, nisi merita subessent, vt si pater filio, vxor marito donaret; alioquin si talis sit donator, qui

qui posset libere donare, non opus esse bene meritorum probatione, sed sufficere ex assertione donantis de bene meritis constare: Et hanc sententiam quia communem & practicabilem praxi iisque confirmatam dicit Iulius Clarus *d.q 3.* post Curt. Iunior. *consil. 142. num. 3.* Idcirco eam lubens quoque amplector.

Nec in contrarium quicquam mouent allegata *l. 27. ff. de donat.* Etsi enim illic facta species referatur, in qua bene merita specifice ac nominatim fuerint expressa, exinde tamen nequaquam inferri potest, quod necessarium sit aut exprimi bene merita, aut à donatario ea probari, cum potius ostendat sufficere qualitercunque de bene meritis ex donatoris assertione constare.

Illud certum est ac communi DD. calculo comprobatum, in dubio, cum ambigitur, sitne donatio pro inter viuos donatione, an vero pro donatione mortis causa habenda? præsumendum pro donatione inter viuos; etsi ab eo, qui in agone constitutus est, donatio fuerit facta; ac proinde vt sit donatio mortis causa diserte hoc à donante exprimendum, quod mortis causa donatum velit.

QUÆ. 10. *An præsumatur donatio mortis causa?*

Confirmat hanc sententiam diserte Iulius Clarus *d. lib. 4. §. donatio q. 4. n. 3.* vbi communem dicit hanc esse opinionem, quod etsi ab infirmo atque in articulo mortis constituto, & quem verisimile sit de morte ipsa cogitasse, facta sit donatio, non tamen pro donatione mortis causa haberi debeat.

Qu'n & Iason *in l. qua dotis n. 26. ff. solut. matrim.* hisce verbis amplissimis idem testatur; *Nota*, inquiens, *bene prædictam communem conclusionem, quod est materia quotidiana, in qua sæpe consului, quod in dubio præsumitur donatio inter viuos, & sic est irreuocabilis & non donatio causa mortis, nisi sit facta mentio mortis: Amplia istam conclusionem etiam si donatio fieret ab infirmo & in extremis vitæ constituto, quod non facta mentione mortis, adhuc censetur donatio inter viuos:* A stipulatur his etiam Sneidewin. *in § 1. I. de donat.* Eandemque opinionem ampl. ctitur Bartolus *in l. 11. ff. de do. e prælegata.*

Et pro hac eadem opinione facit textus admodum perspicuus *in l. 42. in fine. ff. de mort. caus. donat.* vbi Papinianus hæc in verba scribit: Cum Pater in extremis vitæ constitutus emancipato filio quædam sine vlla conditione redhibendi donasset, ac fratres & coheredes eius bonis contr. bui donationes, falcidiæ causa vellent, ius antiquum seruandum esse respondi: Non enim ad alia constitutionem pertinere, quam quæ lege certa donarentur & morte insecuta quodammodo bonis auferrētur spe retinendi perempta: Eum autem qui absolute donaret, non tam mortis causa quam morientem donare. Ecce hic Papinianus diserte dicit, eum qui absolute & citra mentionem mortis donat, non tam donare mortis causa quam morientem: & proinde mortis causa donatio facta non prius censeatur, quam hoc expressum à donatore fuerit.

Qu'n & rationem hæc opinio habet luculentam: Est donatio mortis causa impropria donatio sub conditione, si mors secuta fuerit, fact. *l. 1. ff. de donat. §. 1. I. eod. tit.* In dubio autē pro donatione vera ac propria potius præsumitur, vti hoc supra dilucide probatum fuit.

Nec putandum est quæstionem hanc otiosam, friuolam & leuiusculam esse. Quandoquidem hunc habet effectum, vt cum donatio in dubio præsumatur inter viuos, nec reconualescentia donantis, nec pœnitentia eius infirmari queat: Cum, si mortis causa donatio esset, non solum reconualescentia sed etiam pœnitentia quandocunque ante mortem donantis reuocabilis esset.

Etenim hic est effectus & hæc vis donationis inter viuos, quod non nisi cer-

tis

tis ex causis in *l. 8. & l. fin. C. de reuoc. donat.* expressis reuocari valet, vt quæ sit conuentionis quædam species, quæ seruanda est *l. 1. Digest. de pact. & l. 1. Digest. de constit. pecun.* nec pœnitentia contrahentis infringi aut labefactari valet *l. sicut Cod. de obligat. & Act.*

Quod vsque adeo verum est, vt quamuis à princípe rescriptum de rescindenda & reuocanda donatione impetrarit donator, non tamen huius rescripti authoritate liceat donationem semel perfectam rescindi: Ita quippe Impp. Dioclet. & Maximin. Epagato rescripserunt: *Si donationem rite fecisti, hanc authoritate rescripti nostri rescindi non oportet, l. 5. Cod. de reuoc. donat.* Et ratio huius satis perspicua est, hæc videlicet, quod ex donatione, sicut ex qualibet alia conuentione, paciscenti ac donatario ius quæritur, quod ipsi inuito à principe auferri non potest. Hinc & cum Diuo Pio rescribit Iustinianus à nemine hominum ius suum cuiquam auferendum esse, *§. fin. Inst. de his qui sui vel alieni iuris sunt.* Et quod ne quidem ex plenitudine potestatis suæ princeps valeat priuato ius legitime quæsitum auferre alibi multis rationibus comprobatum est. Indeque in *l. 7. Cod. de precib. Imper. offer.* Theodos. & Valentin. Impp. rescripta contra ius elicita ab omnibus iudicibus refutari præcipiunt, nisi sit aliquid quod non lædat alium & petenti prosit.

Et sane rescripta principis ita comparata esse debent, vt ea quæ iure & secundum leges sunt facta, confirment potius & conseruent quam rescindant. Giphanius ad *d. l. 5. Cod. de reuoc. donat.* Et hoc non solius donationis proprium est, sed etiam emptionis venditionis *l. 12. Cod. de Rei vindic. l. 3. Cod. de rescind. vendit.* testamenti. *l. si testamentum 10. C. de testam.* Et denique emancipationis *l. 4. C. de emancip. lib.* Rationem huius & istam porro reddit Sichardus ad *l. 9. C. de donat.* quod scilicet duo vincula huiusmodi actus sustentent voluntas videlicet ipsorum priuatorum, deinde authoritas iuris; hoc igitur duplex vinculum vnico isto vinculo, authoritate principis longe fit fortius & ideo ab hoc dissolui nequeat.

RESOLVTIO THESIS Tertiæ.

DOnare inter viuos omnes possunt, qui non prohibentur: prohibentur donare, qui vel consentire nequeunt, vel bonorum suorum administrationem non habent: Etenim vt donatio effectum sortiatur plenamque vim & robur obtineat, duo coniunctim requiruntur; prius, vt habeat voluntatem donandi ac ex donatione per subsequentem donationem dominium transferendi: Posterius, vt etiam iure donare, deque rebus suis erogare quippiam, ac, mediante donatione alienare queat: Tametsi enim ipsa donatio per se atque in se considerata, non sit alienatio seu modus transferendi, est tamen titulus siue causa translationis, *§. per traditionem. Inst. de donat.* ex qua ipsi donanti necessitas imponitur rem donatam transferendi *d. §. Alia. 2. Inst. de donat.*

Quapropter cum furiosi & infantes consentire nequeant, simul etiam bonorum suorum administratione destituuntur, dubitandum non est, quin iure donare nequeant, nec donatio ab illis facta vllum robur obtineat. Id quod de mente-capto etiam expresse in *l. 25. §. 1.* scriptum est. Pupilli qui infantiam excesserunt, itemque prodigi, etsi natura consentire queant, iure tamen consentire nequeunt, quoties de obligatione ipsorum deque alienatione, vel administratione eorundem bonorum agi-

tur, quoniã bonorũ administratio ipsis adempta & curatoribus tutoribusque commendata est: Ad bonorum autem administrationem spectare ius alienandi administrandique bona, extra omnem dubitationis aleam positum esse videtur.

QUÆ. II. *An pubes minor 25. annis possit sine curatoris consensu donare?*

De Minore pubere sic statuendum putat noster Treutlerus: Quod etsi ipse alios contractus possit sine curatoris cõsensu inire, donatione tamen rem præsertim immobilem alienare nequeat. Eo quod prohibeatur alienare res immobiles *l. 1. & tot. tit. ff. de reb. eor. qui sub tut. l. 7. pr. de donat.* vbi rem simpliciter donans eam perdere dicitur. Cæterum hæc sententia non vnum errorem sapere videtur. Primo enim falsum est quod minor pubes sine consensu sui curatoris vllum contractum inire valeat, repugnant enim textus expressi, quibus minori aperte interdicitur contractibus sine suorum curatorum consensu, veluti *l. 1. ff. de minor l. 3. C. de restit. in integr. minor.* Deinde erroneum est, quod præsupponitur donationem esse alienationis speciem, cum supra sub thesi *1. lit. A. & E.* hoc ipsum expresse negatum fuerit: Vnde si contractus est donatio, vt ibidem statuit Treutlerus, necessum est largiatur, minorem quoque sine consensu curatoris donare posse: Nec enim facile rationem differentiæ cæterorum contractuum & donationis reddere poterit.

Quapropter missa hac nostri Authoris opinione, sic statuendum existimo, Minorem, si curatorem habeat, ipsius consensu donare posse: Quia donatio non est per se alienatio, sed conuentio, ex qua quis ad alienandum duntaxat obligatur, interim tamen minor postea ex causa donationis rem per traditionem alienans decretum adhibeat prætoris, quod tamen non impetrabit nisi iusta subsit causa quæ donationem suadeat, qualis causa est, si fortassis honor, existimatio & reputatio minoris donationem & liberalitatem exigat.

At sine curatoris sui consensu non potest donare, sicut nec vllum contractum inire *l. 3. C. de restit. in integr. min. nor.* & alibi prolixius à nobis dictum est.

Quod si vero curatorem non habet minor, tunc licite donare poterit, licet absque prætoris decreto ex donatione præcedente rem tradere donatario ac per donationem alienare nequeat, perinde vt vendere potest *l. 3. C. de restit. in integr. minor.* quamuis ex causa venditionis eandem rem venditam tradere emptori, ac per traditionem alienare & transferre nequeat. *tot. tit. ff. eorum qui sub tut.*

Sed nunquid donatio sine consensu curatoris, quem habet, à minore facta, iuramento eiusdem confirmetur, sic vt amplius sine periurii perfidiæque crimine reuocari nequeat? Et quidem hoc affirmandum videtur Authori nostro post Iohannem Sichardum & Andr. Alciatum ad *authent. Sacramenta. C. si aduersus vendit.*

QUÆ. III. *An donatio à minore sine curatore facta, si iurata sit, valeat?*

Et huius opinionis suæ optimum videtur habere fundamentum in *d. Authent. Sacramenta puberum C. si aduersus vendit.* Illic enim ita Imperator Fridericus scribit: *Sacramenta puberum sponte facta super contractibus rerum suarum non retractandis, inuiolabiliter custodiantur.*

2. Et Alexander Imperator *in l. 1. eod. tit. Si minor*, inquit, *annis viginti quinque emptori prædij cauisti, nullam de cætero te esse controuersiam facturum, idque etiam iureiurando corporaliter præstito seruare confirmasti: Neque perfidiæ neque periurii me auctorem tibi futurum sperare debuisti.* In hisce duabus constitutionibus expresse cauetur, contractus à minore initos, eiusdemque iureiurando confirmatos, rescindi non posse sed inuiolabiliter custodiendos esse. Donatio autem generali

nerali contractus appellatione venit.

3. Idemq; amplius corroborari videtur textu *cap. cum contingat extr. de iureiur.* Nam ibi pontifex decernit, mulieres in alienationem rerum dotalium cōsentientes eundemque consensum iureiurando firmantes non posse contrauenire & alienatas res dotales reuocare; idq; ex ea ratione, ne via periuriis aperiatur; & quia talia iuramenta bona conscientia seruari possint, cum in alterius præiudicium non redundent, nec vergant in alternæ salutis dispendium. Pari itaque ratione, quamuis consensus minorum, curatores habentium de iure ciuili non sit obligatorius, si tamen sacramento proprio firmauerint, non possunt eum reuocare, ne via periuriis aperiri contingat.

Cæterum in longe diuersa sum sententia, & sic omnino statuendum arbitror, donationem sicut & alium quemuis contractum à minore sine curatoris sui consensu initum, nullius esse efficaciæ, nec obstringere minorem, etsi iuramento confirmauerit, nolle se ab eo contractu recedere.

Etenim contractum quem sine sui curatoris consensu minor iniit esse illicitum, iuri legibusq; cōtrarium, tum paulo ante, tum alibi demonstratum fuit ex *l. 3. C. de restit. in integr. minor.* Iam vero certum & expeditum est & illud quod iuramentum super re illicita legibusq; ciuilibus prohibita nullius sit momenti: *Nam sic in l. 5. C. de legib.* Impp. rescribunt: *vbicunque non seruari factum, lege prohibente, censuimus, certum est nec stipulationem huiusmodi tenere, nec mandatum vllius esse momenti, nec sacramentum admitti.*

2. Idemque *in l. 7. §. 16. ff. de pact.* Vlpianus diserte scribit: Quoties, inquit, pactum à iure communi remotum est, seruari non oportet, nec iusiurandum de hoc adactum ne quis agat seruandum Marcellus libro secundo Dig. scribit.

3. Id quod & in *l. 112. §. fin. ff. de legat. 1.* denuo inculcatur: quo in loco Marcianus ita loquitur: Diui Seuerus & Antoninus rescripserunt iusiurandū contra vim legum & authoritatem iuris in testamento scriptum nullius esse momenti.

4. Quin & ratio huius euidens est, hæc videlicet, quod iuramenti comes perpetuus debeat esse iustitia. Atqui istud iuramentum quod confirmat actum iure illicitum legibusque contrarium non habet comitem iustitiam.

5. Cui & ista insuper accedit ratio, quod iuramentum, quod conscientiam lædit, nec salua conscientia obseruari potest nullius sit momenti: *d. c. cum contingat. de iureiur. & c. quamuis de pact. in sext.* Iam vero hoc iusiurandum quod confirmat actum illicitum iureque prohibitum & improbatum bona conscientia seruari non potest, sed conscientiam lædit, quia leges quibus istud iuramentum contrariatur, sunt ordinatio diuina, & propter conscientiam seruari debent *c. 13. ad Romanos.*

Denique iuramentum quod occasiones præbet delinquendi legesque circumuenendi iisdemque fraudem faciendi proculdubio nullius est momenti nec bona conscientia seruari potest: Iam vero iuramentum quod confirmat actum illicitum legibusq; contrarium exoptatissimam præbet malis hominibus occasionem delinquendi fraudemq; legibus faciendi, contra leges quippe facturi facile addent iuramentum, quo se ab actu contra leges facto non recessuros iurent.

7. Postremo si illud iuramentum nullius est momenti, quod vergit in alterius priuati præiudicium, *d. c. cum contingat. & d. c. quamuis.* quanto magis illud iusiurandū efficacia & vi sua destituetur, quod tendit in præiudicium Reipublicæ? Cum maior semper sit habenda ratio

reipublicæ, ne quid detrimenti capiat, quam cuiusque priuati: Iam vero iuramentum actum legibus prohibitum seu improbatum confirmans vergere in Reipubl. detrimentum dubitare non licet, cum leges, quæ fulcrum sunt Relp. impugnet, infringat, eludat, vti per se plusquam est manifestum & id paulo ante sufficienter fuit comprobatum. Quocirca ex hisce fundamentis manifesto elucet, quod donatio à minore sineque ipsius curatoris consensu, adeoque illicite facta, non subsistat, etsi iuramento minoris confirmata fuerit.

Non obstat huic quod ex *Authent. Sacramenta puberum & l. 1. C. si aduersus vendit.* allatum fuit: Nam Donellus bene interpretatur hasce conditiones de eo casu, quo minor viginti quinque annis aut curatorem non habuit, aut habuit quidem curatorem, sed cõsensu ipsius contraxit, atque si contractus iste, quem iniit, iure ipso firmus, validus & efficax est, iuramentum vero superadditum hoc operatur, ne contra hunc contractum iure validum restitutionem in integrum minor petere possit, adeoque vis ipsius atque effectus in eo non consistit, vt contractum per se validum confirmet, sed vt excludat duntaxat restitutionis in integrum beneficium. Quod autem de tali contractu firmo ac valido intelligi debeant allegatæ duæ constitutiones, hisce rationibus ac fundamentis confirmatur.

1. Quod nomen *contractus* in dubio pro contractu valido ac legitimo accipi debeat. *arg. l. Non aliter ff. de legat.* 39.

2. Quia Authentic. *Sacramenta puberum.* loquitur de *contractibus non retractandis.* Hos autem non nisi ad contractus validos iureque subsistentes referri potest.

Nihil proinde posteriori sententiæ refragatur textus *d. cap. cum contingat:* Tametsi enim ius canonicum actus legibus ciuilibus contrarios iuramento confirmari ac conualidari iubeat, quam tamen recte, quam pie & quam vtiliter ex prædictis satis superque liquere puto.

Illis porro rebus quæ donari prohibentur, iure Saxonum accenseri debent bona auita, Stammgüter/ quæ sine descendentium seu liberorum consensu alienabilia non sunt, Hoc quippe diserte cautum *artic. 52. l. 1.* Landtrecht/ qui textus cum paulo esset obscurior, Electorali Augusti Ducis Saxon. constitutione, quæ extat *part. 2. c. 12.* declaratus fuit: Verba autem eius constitutionis hæc sunt: Weil dieser Text (*d. art. 52.*) saget/ daß ohne der Erben Laub/ keiner sein eigen/ (das ist/ wie es gemeiniglich verstanden wird/ Erbstamgüter) vorgeben könne/ So ist zu wissen/ daß Stammgüter solche Güter seynd / welche der Donator nicht selbst acquirirt oder erlanget/ sondern die von seinen Vorfahren/ als Großvatter vnd dergleichen gewonnen/ vnd von denselbigen jhren Vrsprung haben. Zum andern/ ist ferner darauff wol achtung zu haben/ daß der Text redet von vergebung der Güter. Derowegen soll vnserer Verordenten bedencken nach/ auch das Wort Erben/ nicht auff alle Erben/ sondern allein auff die descendentes zu restringiren seyn. Wie dann eben auß diesen Vrsachen das SachsenRecht/ so von vnbeweglichen Gütern redet/ auff die beweglichen nicht zuerstrecken. Es soll aber gleichwol auch in denen Fällen/ da die veränderung der Stammgüter nicht verbotten/ dieselbige billich in fraudem legitimæ nicht zuläßlich seyn. So soll gleicher Gestallt auch die Vbergabe der Stamgüter/ wann gleich dieselben mit der Erben Laub/ vnnd also licite geschehen/ zu Recht nicht bestehen/ in dem Fall/ da sie vbermessig vnnd sich vber fünffhundert Gülden Vngerisch erstreckte/ sie were

dann

dann von erst gebührlich insinuiret, Vnnd alle obgesetzte Fälle sollen allein stadt haben in donatione simplice inter viuos. Vnnd daß jhnen frey stehe/sonsten solcher Güter halben Testamenta vnd andere beständige letzte Willen auffzurichten / welchen auch stracks nachzusetzen. Item vnd sonderlich daß ein jeder macht habe / solche Güter einem seiner Kinder für den andern / etiam donatione inter viuos, jedoch salua legitima, zuzuwenden/darbey wir es auch allenthalben bleiben lassen / vnd sollen vnsere Juristen Faculteten vnnd Schöppenstüle darnach also sprechen vnd erkennen.

Lit. C. Quæ.13. *An filiusfa. possit donare, si liberam habet peculii aduentitii administrationem.*

Sed nunquid filiusfam. de rebus peculii donare quippiam possit, an vero illis accenseri debeat personis, quæ donare prohibentur, quæstionis est? Et quidem quin res peculii castrensis donare possit, dubium nullum est: Cum enim harum rerum non modo dominus sit, sed liberam quoque habeat earundem administrationem; ita vt quoad eas pro patrefam. habeatur, ratio nulla est, quæ ipsum res istas donare prohibeat. Sed nec textus vllus occurrit, quæ donatione ei interdicat; Vnde regula superior, quod omnis donare possit, qui specialiter non prohibetur, in ipso locum habebit.

De Aduentitiis bonis, quorum vsusfructus ad patrem spectat res itidem clara & expedita est: Sic enim *in l.7.pr.ff. de donat.* Vlpianus scribit: *Filiusfam. donare non potest, neque si liberam peculii administrationem habeat: Non enim adhoc ei conceditur libera peculii administratio, vt perdat.*

2. Quam eandem sententiam confirmat quoque constitutio *l.14. C. de donat.* qua Dioclet. & Maximin. Imperat. Ideo ita rescribunt: *Si filius tuus res ad te pertinentes, Sponsa sua, te non consentiente, donauit: Ad eam quod non habuit, transferre non potuit.*

3. Et eandem sententiam haut obscure confirmat Marcianus dum in *l.25. §.1.ff.de mort. caus. donat.* filiumfam. inquit, consentiente patre mortis causa donare posse; vult igitur, non consentiente patre, filiumf. mortis causa donare non posse.

4. Et ratio huius haut obscura est, quæ etiam in *d.l.7.pr.* diserte proponitur, quod nempe donare non sit administrare, sed perdere.

5. Quin idem quoque stabiliri videtur *l.1.§.1.ff. quæ res pign. obligar.* cuius hæc sunt verba: *Si filiusfam. pro alio rem peculiarem obligauerit vel seruum, dicendum est eam non teneri, licet liberam peculij sui administrationem habeat; sicut nec donare eis conceditur. Non enim vsquequaque habent liberam administrationem.*

6. Et quod qui liberam administrationem habet peculii, non habeat ius donandi & ideo donandi causa non possit de re peculiari pacisci diserte asserit Gaius in *l.28.§.1.ff.de pact.*

Cæterum excipiuntur casus quidam, quibus res peculii filiusf. plenam eius administrationem habens, donare potest.

I. Primus est quando iusta causa & ratio subest donandi ac libertatem exercendi, vt si matri donet in alimenta; si sorori aliquid in dotem, si præceptori in honorarium *d.l.7.§.1.*

II. Secundus est, quando filius patris voluntate & concessione aliquid donat *d.l.7.§.2.l.9.§.quod si filius. ff. eod.* Ratio huius exceptionis perspicua est, quoniam ipse pater donare intelligitur, cum filio id nominatim permittit: Vnde etiam rem ipsam paternam filiusf. donare potest, patre iubente aut permittente *d.l.9.§. quod si filiusf.*

III. casus est cum filiusf. est Senator aut etiam minoris dignitatis *d.l.7.§.3.* Hoc quippe casu pater propter dignitatem potest filius rem pecullarem dona-

re, nisi pater specialiter ei facultatem donandi ademerit, cum ipse peculium daret: Exceptionis huius ratio est isthæc quia pater præsumitur tacite permittere donationem cum filio in dignitate posito concedit liberam peculii administrationem: quia de eo, qui in dignitate non est, præsumendum eum aliquid donaturum improbe aut luxuriose, quæ præsumptio in eo, qui in dignitate constitutus est, aperte cessat.

Hisce vero tribus casibus exceptis, relinquitur quod de bonis aduentitiis, in quibus pater vsumfructum habet, filiusfam. donare possit.

De illis vero aduentitiis bonis, quæ plena proprietate ad filiumf. pertinent, nunquid idem dicendum, non videtur perinde expeditum esse?

Mihi tamen negatiua sententia verior esse videtur. Et quod filiusf. ista aduentitia bona donare possit, hisce euincitur rationibus.

1. Etenim filiusf. bonorum istorum plenum habet dominium plenamque administrationem: Ergo etiam de iisdem liberrimam habet disponendi facultatem, *l. in re mandata. C. mandat.*

2. Insuper in iis bonis, in quibus pater nihil iuris habet, filiusf. licet paganus militi comparatur *l. Imperator 50. ff. ad Trebell.*

At vero miles hoc gaudet priuilegio, vt de rebus suis libere & quocunque voluerit modo disponere queat,

3. Et sane ob quam rationem filiusf. de castrensibus vel quasi castrensibus bonis donando disponere possit, quod nempe plenū in iis obtineat dominium, propter eandem rationem de aduentitiisquoque bonis istis per donationem inter viuos vel mortis causa disponere poterit.

4. Quin & hoc diserte permissum videtur filiof. *in Nouell. 117. c. 1. §. 1.* vbi de rebus istis aduentitiis, quarum vsumfructum simul & proprietatē habet filius, permittitur filiof. *quo voluerit modo disponere.* Et cum *in l fin. §. 5. versic. filiis autem familias. C. de bonis quæ lib.* filiusf. alienatione & donatione illorum duntaxat bonorum interdicitur, quorum vsusfructus parentū est, sequitur exinde, quod illarum rerum, quarū plena proprietas est filiorumf. alienatio ac donatio filiisf. sit permissa *arg. l. 1. ff. de officio eius cui. & l. cum prætor 12. ff. de iudic.*

Illis porro qui donare prohibentur, recte quoque annumeratur pater, vt qui filio suo donando nihil agat: Ita quippe sancitum hac de re & constitutum est, *in l. 11. C. de donat. Cum de bonis partem quidem penes te retinuisse, partem vero in eum, quem in potestate habes, donationis titulo contulisse commemoras? Non est incerti iuris in eum, quem in sacris familiæ tua remanet, destinationem magis paternæ voluntatis factā, quam perfectam donationem peruenisse, inquiunt ibid. Impp. Dioclet. & Maximin.* Lit. D.

Cur autem parentes liberis, sua in potestate, donare non possint, ratio hæc est, quia qui liberis suis in potestate donat sibi ipsi donare videtur, quoniam quod liberis iis donatur, statim parentibus acquiritur *l. 17. in fine C. de donat.* Excipitur tamen dos, cui hodie est exæquata donatio propter nuptias *Nouell. 97. l. vlt. C. de collat. bonor.* Ratio exceptionis est ista, quia dos non tam filiæ cedit, quam marito eius, qui dotis fit dominus *l. quamuis 75. ff. de iure dot. l. 30. C. eod.* Vnde etiam dos data filiæ dicitur abscedere à bonis patris *l. pater filiam. 14. ff. ad L. Falcid. l. vlt. ff. de collat. dot.*

Etsi autem hæc donatio à patre filio facta non valeat ab initio, confirmatur tamen ex post facto, & quidem tribus modis. 1. Iureiurando. 2. Emancipatione 3. Morte. Quæst. 14. *An donatio à patre filio facta, confirmetur iuramento patris.*

Iureiurando patris confirmari donationem filio suo factam, si nempe iuret pater nolle se donationem reuocare, tradit

dit hoc loco Treutlerus noster secutus Andr. Gaillum *lib. 2. obseruat. practic. 38. n. 7.* Mynsinger. *2. obseruat. 33. n. 5.* Clar. *lib. 4. sentent. §. donatio q. 4.*

Et quanquam contraria sententia alicui non immerito verior videri posset: Tum quia ratio quæ huiusmodi donationem inter patrem & filium impedit, etiam in iurata donatione locum habere videatur: Tum quia iuramentum non potest interponi super eo quod est impossibile, nec super eo interpositum valeat: Impossibile autem sit, vt quis sibi obligetur & aliquid donet. *l. si quis pro eo §. 1. ff. de fideiussor.*

Contraria tamen opinio, rationibus hisce non obstantibus, verior est: 1. Quia inter patrem & filium naturalis oriri potest obligatio *l. frater à fratre ff. de condict. indeb.* proinde si pater aliquid filio donet ex contractu isto donationis naturalis oritur obligatio, cui, si accedat iuramentum, robur & efficaciam ex eo accipit: Cum iuramentum naturalem obligationem efficacem reddat *c. quamuis de pact. in sext.*

2. Quia iuramentum est iuris diuini & vinculum animæ, eoque iure patria potestas, quæ est iuris ciuilis §. 2. *I. de patr. pot.* in considerationem non venit. *c. fin. de iudic. in sext.* vbi in spiritualibus patriæ potestatis non habetur ratio.

3. Quia sententia hæc non solum communi DD. calculo approbata, sed etiam in Camera Imperiali recepta est, teste Gailio *d. num. 7.*

Confirmatur deinceps donatio à patre filio facta emancipatione filii *l. 17. C. de donat.* Hoc enim ipso quod pater filium emancipando donationem non expresse reuocauit, censetur ea fuisse voluntate quod illam valere ac subsistere voluerit; quæ ipsius voluntas exitum quoque habere potuit per emancipationem filio sui iuris effecto vtpote ratione ob quam prius non valebat deficiente.

Postremo confirmatur donatio filiof. facta, morte patris donatoris, *l. 25. C. de donat. int. vir. & vxor.* Nam ibi sic Iustinianus Imp. rescribit: *Donationes quas parentes in liberos cuiuscunq; sexus in potestate sua constitutos conferunt vel vxor in suum maritum, vel maritus in suam vxorem, vel alteruter eorum in aliam personam, cui constante matrimonio donare non licet, vel alia persona in eam cui donare non poterant ita firmas esse per silentium donatoris aut donatricis sancimus, si vsque ad quantitatem legitimam vel eam excedentes, actis fuerint intimata, &c.* Quæst. 15. *An donatio patris sola ipsius morte confirmetur.*

Sed obstant huic sententiæ textus *in l. 1. §. 1. ff. pro donato. l. 4. §. 1. ff. pro suo. l. 2. §. filium. ff. pro herede.* quibus in locis significatur quod si confirmatio patris defuncti non appareat ex testamento vel ex alia scriptura morientis solo silentio per mortem non confirmetur.

Equidem Hubertus Giphanius in Lectur. Altorphin. ad *l. 11. C. de donat. num. 13.* & Iacobus Cuiacius *lib. 54. ad edict. Pauli in expl. d. l. 1. §. 1. pro donato* adductos textus de iure veteri intelligendos esse; At iure nouo per *d. l. 25.* aliud inductum esse.

Verum Franciscus Duarenus quem sequitur Hugo Donellus & hic Treutlerus noster hanc conciliationem repudiant statuentes & iure pandectarũ donationem à patre filio factam silentio per mortem patris fuisse confirmatam: Etenim *d. l. 25.* vt ex inscriptione & subscriptione luculenter constat, non est vna ex nouis constitutionibus & quinquaginta illis decisionibus, quæ emendato Codici de nouo ad emendationem iuris veteris fuerunt insertæ, sed est vna ex veteribus legibus quæ in priori Codice extiterunt adeoque promulgatione anteriores sunt legibus pandectarum, pro qua sententia facit etiam textus *in l. 18. Cod. famil. herc.*

Ea

Etenim constitutio est Dioclet.& Maximin.& idcirco in priori Codice, ante pandectas composito extitit, & tamen diserte illic sancitur donationem à Patre filio factam confirmari m[illegible] patris, quia dicitur rem donatam sibi præcipuam ex donatione retinere filium.

Pari modo in *l.2.C.de inoffic. donat.* dicitur donationem filio in potestate patris existenti factam valere ita vt debitæ ab intestato portionem quartam consequatur filius, atque ita confirmata fuit morte patris. Et tamen nec ista constitutio vna est ex nouis & legibus pandectarum posterioribus constitutionibus, sed est Impp. Valeriani & Gallieni, adeoque & ante leges pandectarum in vigore & obseruantia fuit.

Quocirca reiecta hac responsione & inter ius vetus ac nouum distinctione existimo ad *d.l.1.§.1.ff.pro donato* commode sic posse responderi, non illic asserere ICtum Paulum donationem filio factam morte patris non fuisse confirmatam, sed hoc duntaxat ibi asseri, donationem prius, ante mortem sc. patris, nullam fuisse, & ideo filium ex titulo p[illegible] donato rem à patre sibi donatam vsu non capere: ex quo non recte negabitur, quod filio donatio non fuerit patris morte confirmata: Nec etiam sequitur res à patre filio donata post mortem patris pro donato non capitur vsu. Ergo donatio non valet nec morte patris conualuit. Et probe obseruandum quod Paulus non dicit donationem non valere post mortem patris, sed non valuisse, siue nullam fuisse. Ex quo rursus male infertur, quod nunc mortuo patre non valeat.

Idem ad *d.l.2.§.1.versic.filium quoque ff. pro herede*, responderi debet, Nam nec illic quicquam aliud sancitur quam quod filius rem à patre sibi donatam titulo pro herede vsucapere non possit. Ex quo profecto perperam colligitur, quod patris donatio morte eius non confirmetur.

Denique *l.4.§.1.ff.pro suo.* nihil omnino ad rem facit, quoniam illic non dicitur vsucapionem post mortem patris procedere in iis rebus quæ à patre filio fuerunt reuera donatæ, sed in illis rebus quæ fuerunt alienæ.

Obiici etiam solet superiori sententiæ textus in *l.13.C.de collat. bonor.* vbi dicitur filium cogi conferre bona quæ à patre viuo ei donata fuerunt, vnde Hotomannus apertissimum esse existimat donationem non conualescere morte patris.

Verum Hubertus Giphanius ad *d.l. 11.n.14.* ait contrarium exinde colligendum & hoc modo concludendum: Cogitur conferre.

Ergo valuit donatio; quia si non valeret donatio, fundus non ad ipsam, cui donatus est à patre, pertineret, nec consequenter ab ea conferri posset, quia maneret in hereditate patris.

Quocirca verissimum esse existimo, quod donatio, quam pater filio suo fecit, morte patris confirmetur, idque non solum de nouo, sed etiam de veteri iure obtinuerit.

De remuneratoria donatione, an statim ab initio valeat, si à patre filio sit facta, non iniuria quæritur; sunt enim hac de re discordantes Interpp. nostrorum sententiæ. Etenim Arius Pinelius in *l.1.part.3.n.62.C.de bon.matern.* & ad *l. 2.part.1.c.4.n.4. C. de rescind. vendit.* Hubert. Giphanius ad *l 11.n.16.& seqq. C. de donat.* negant remuneratoriam donationem inter patrem ac filium valere ac subsistere posse. Tum quia neque iure neque ratione nititur: Tum quia liberorum merita in parentes proprie non sint merita, sed debita naturaliter pietatis officia & obsequia. *l.filia tua 5.C.de patria pot.* Nam parentibus vt & Deo ne gratia quidem par referri potest, vt ait

Qux. 16. *An donatio remuneratoria filio à patre facta subsistat?*

Aristot.

Aristot. *lib. 8. Ethic.* Cum igitur nulla possint esse merita filii in parentem, nec remuneratio vlla istorum meritorum esse potest: Cum non entis nullæ sint qualitates, nullæ considerationes.

Cæterum ab hac sententia recedit post Tiraquellum *in repetit. l. si vnquam. versic. donatione largitus n. 20. 21. & 106. C. de Reuoc. donat.* Daniel Mollerus *lib. 2. semestr. c. 16.* quam & communem & practicabilem dicit, eidemque subscribit quoque Treutlerus noster.

1. Etenim ingratitudo bene meritum præsupponit. Atqui *in Nouell. 115. c. 4.* aliquot & quidem bene multæ causæ ingratitudinis parentum erga liberos referuntur & illæ quidem tantæ vt ob eas parentes à liberis præteriri & exheredari queant. Consequens igitur est quod liberorum quædam in parentes possint esse benemerita.

2. In *Authent. si parens. C. de inoffic. Testam.* expresse dicitur, filium, de quo ibi quærebatur, largitatem patris meruisse: Ergo sunt quædam filii in patrem benemerita.

3. Quin etiam sunt textus expressi *in l. In ipsius. C. fam. hercisc. l. cum pater. §. rogo filia. Digest. de legat. 2. l. 3. Digest. de obseq. à lib præstand. & l. fin. C. de alim. legat.* In quibus diserte mentio fit meritorum filii erga patrem.

Nec obstant Pinelli & Giphanii rationes: Non prima, quia si merita sunt liberorum in parentes, sequitur exinde infallibiliter, quod etiam inter parentes & liberos remuneratoria donatio consistere queat. Falsum proinde est, quod ratio nulla sustineat remuneratoriam donationem in liberis.

Non etiam refragatur secunda ratio. Tametsi enim omnia ista quæ præstant faciuntque parentibus liberi, sint debita & obsequia, interim tamen, quo veteres prudentes legumlatores liberos in hoc suo officio retinerent, voluerunt eos ad illa, quæ lex & natura ab iis requirunt expectatione etiam paternæ remunerationis inuitare.

Lubet hic annectere istam quæstionem non minus controuersam, anne liberi possint parentibus, quorum in potestate consistunt, donare? Etenim Guido Papa *decis. 223.* Francisc. Hotoman. *disp. de donat. c. 4. n. 14.* Hubert. Giphan. *ad l. 9 §. penult. ff. de donat.* Quæ. 17. *An liberi possint parentibus donare?*

1. Quia donatio, quam filius facit patri est contra naturæ & parentum votum, qui malunt sua bona ad liberos, quam bona liberorum ad se peruenire *l. 7. Digest. si tab. testam. null. extab.*

2. Quia hac ratione pater in rem suam filio auctor foret: hoc autem facere nemini permittatur *l. 1. § 2 ff. de auctor. tutor.*

Sed hæ rationes non admodum magni sunt ponderis: Nam si prima concludens & alicuius momenti foret, impediret vtique omnes donationes liberorum etiam emancipatorum in parentes, quoniam & in his locum habet. Deinde non hoc est contra naturæ votum, aliquid à liberis ad parentes peruenire, siqui dem natura nequaquam repugnat, nec impedit quo minus parentibus liberi acquirant, *pr. & § 1. I. per quas person. nob. acquir.* sed hoc saltem in allegata *l. 7. & l. 15. Digest. de inoffic. testam.* dicitur, naturæ voto contrarium, vt liberi ante parentes decedant, illique hos successores habeant.

Sic nec altera ratio admodum prægnans videtur, quia filius patri donare potest, etsi pater ipsi auctor non fiat, vnde & ipse Hotomannus imbecillitatem huius argumenti agnoscit.

Quapropter sic statuendum censeo, de bonis aduentitiis, in quibus pater vsumfructum habet, filium nihil quicquam posse donare patri.

1. Quia donatorem & donatarium oportet esse diuersos, nec enim idem

 sibi

sibi ipsi donare potest, *arg. l. Inter stipulantem. l. 5. §. stipulatio. ff. de verbor. obligat.* Pater autem & filius in ipsius potestate existens, pro vna reputantur persona, *§. si vero. I. de inutil. stipulat. l. fin. C. de impub. & al. substit.* Nec hoc solum iure ciuili, sed & naturali, *d. l. fin. in verb.* Et natura Pater & filius eadem esse persona intelligantur.

2. Quia actio & passio circa idem, ad idem eodem modo simul concurrere non possunt. At si pater filio & contra filius patri donaret, & ex donatione sibi inuicem obligarentur, in eadem persona concurreret actio & passio; adeoque confusione obligatio tolleretur, & pactum siue donatio sine effectu constitueretur.

Cæterum excipiuntur nominatim & expressi bona castrensia & quasi castrensia, de quibus cum patre filius contrahere & pacisci potest, sic vt ex contractu pater obligetur filio & filius patri, perinde ac si cum extraneo filius contraxisset, *l. his nulla. ff. de iudic. §. 1. & seq. I. per quas person. nob. acquir. l. 7. ff. de obligat. & Act.*

Sed vtrum idem quoque de illis aduentitiis bonis dicendum, in quibus pater nihil iuris obtinet sed filio plena proprietas competit? Equidem communis est opinio teste Iasone *in l. Frater à fratre n. 37. ff. de condict. indeb.* Emanuele Mendez de castro *in l. cum oportet. C. de bon. quæ lib num. 93. & sequent.* quod item plane in his bonis quod in castrensibus obtineat. Verum ab ea post veteres quosdam recedit Iohannes Gœdd. *in tract. de contrah. & committ. stipulat. c. 7. nu. 52. & seq.* statuens de illis bonis aduentitiis, in quibus filiof. plena tribuitur proprietas, posse filium cum patre, perinde, vt de bonis castrensibus, pacisci & contrahere.

1. Quia etsi in iis rebus quas pleno iure filiusf. consequitur iuxta *Nov. 117. c. 1.* liberam habet administrationem si eius ætatis fuerit, vt sine curatoribus posset sua administrare: non tamen iusfamiliæ fine patrisf. in iisdem obtinet, sicuti in castrensibus, quod vel inde elicitur, quia ius testandi disponendique per vltimam voluntatem ei in istis non est concessum. *l. fin. C. qui testam. fac. possunt.*

2. Quia filiofam. aduersus patrem in his rebus aduentitiis non præstari, inuito patre, actiones, dum in potestate est, patet ex *l. 7. ff. de oblig. & act. l. Non solum. § filiof. & §. seq. de iniur. l. 1. Authent. tricennali & ibi Dd. C. de bon. matern.* Adeo vt si alium sibi obliget, ipsemet solus non agat, sed patre permittente ac iubente, vel absente, tribus solummodo casibus exceptis, *in l. fin. C. de bon. quæ liber.*

3. Quia si filiusf. pecunia patris sui in causa aduentitii, nedum profectitii negociatus sit, diuiditur quidem lucrum inter patrem & filium pro modo operarum, industriæ, pecuniæ arbitratu boni viri, Menoch. *de arbitr. iud. quæst. lib. 2. Cas. 126.* sed hoc ita, vt non veniat iure actionis filiusfam. ad diuisionem, sed per retentionem, neque pater ab ipso petat, sed vt is suum vindicet, siue potius tollat. Quo efficitur nec in aduentitiis inter patrem & filium nasci actionem ciuilem aut vtilem.

4. Quia contrahentes debent esse personæ diuersæ, vt supra fuit demonstratum: At si pater & filius contraherent & paciscerentur eadem persona secum pacisci & contrahere intelligeretur, quia vox patris est vox filii, & contra. *§ Si vero. Inst. de inut. stipul.*

5. Quin & ideo hæc sententia humanior videtur & verior, quia patri sua debet constare reuerentia, nec ab ea recedendum sine publica causa: publica autem causa militiæ videtur hoc speciale ius de castrensibus peculiis persuasisse *arg. l. 9. ff. de his, qui sui vel alieni. l. fin. C. de inoff. testam.* At in aduentitiis nulla eiusmodi

modi causa publica vel fingi, vel ostendi potest.

6. Accedit his quod cum iure etiam naturali pater sit legitimus administrator filii, *l. fin. §. filius autem. C. de bon. qua lib.* contrahendo eum filio fieret author in re propria, quod absurdum est, *l. 1. ff. de Auth. tut.* Hinc igitur concludendum nec naturalem obligationem oriri inter patrē & filiū in bonis aduentitiis.

7. Postremo vrgetur regula quod inter patrem & filium lis nulla esse possit. *l. 4. ff. de iudic.* Nec inter filium & patrem emptio contrahi queat. *l. 2. ff. de contrah. empt.* Exceptis castrensibus bonis: Quæ exceptio regulam confirmat in casibus non exceptis: Vt perinde bona aduentitia, cum nullibi excipiantur, sub regula contineri intelligantur, sic vt nec de illis possit inter patrem & filium lis esse, nec emptio venditio contrahi. Verum, vt dixi, ab hac sententia communis interpretum schola recedit, statuens filiumf. de bonis istis aduentitiis, in quibus plenam habet proprietatem contrahere & pacisci ad instar patrisfam. posse; Et recte.

1. Quia de bonis aduentitiis: In quibus pater vsumfructum non habet, filiofam. conceditur liberrima dispositio & administratio, sic vt de illis non aliter disponere, eaque administrare possit, quam paterf. *Nou. 117. c. 1.* cuius hæc sunt verba: *Res autem ita relictas*; (vt scilicet vsusfructus non ad patrem sed ad filium spectaret) *siue donatas positis sub potestate personis, siquidem perfectæ sint ætatis, licet sub potestate sint, licentiam habeant quo velint modo disponere. Si vero ætate minores sint, per quem perspexerit testator aut donator, hæc gubernentur*; Iam vero constat administrationis iure contineri ius paciscendi, contrahendi & obligandi *l. princeps. de verb. significat.*

Et quanquam Gœddæus respondeat hæc intelligi debere de habili subiecto & de tali persona, quæ stipulanti & contrahendi secundum regulas iuris obligari possit, ac vice versa; cum actus agentium non sint nisi in agente bene & apte disposito, *l. 1. C. de hered. instit. §. legari, l. de legat.* Hæc autem bene & apte disposita qualitas in patre, respectu filiifam. propter iuris ciuilis regulas & ius potestatis patriæ non reperiatur.

Tamen hæc responsio propositum argumentum non infringit; siquidem dum statuitur patrem esse talem personam, quæ filio ex contractu & pacto, obstantibus regulis iuris & potestate patria, obligari nequeat, manifeste petitur principium: hoc siquidem ipsum est, quod nunc in disputatione vertitur.

2. Probatur etiam hæc sententia ex eo, quod cessante ratione iuris, cesset quoque iuris prohibitio. At in bonis aduentitiis quorum vsusfructus ex noua lege ad filiumf. spectat, cessat ratio, ob quam de bonis aduentitiis, in quibus patri vsusfructus competit, non potest filius contrahere, quæ hæc est, quod quicquid ex his bonis filiusf. acquirit, id non fit ipsius proprium, sed patris, ac consequenter & obligatio, quæ ex pacto & contractu, super huiusmodi rebus initio nascitur, non sit filii propria *l. fin. Cod. de bon. qua lib.* adeoque horum bonorum respectu pater cū filio vna censeatur persona. Hanc autem rationem in bonis istis de quibus nunc loquimur, aduentitiis deficere, plusquam manifestum est.

3. Hic etiam facit quod *in d. l. cum oportet, C. de bon. qua lib.* constitutum sit, vt filiofam. propter malitiosam patris administrationem, ex eo tempore competat hypotheca tacita in bonis patris administrantis: Si itaque pater tacita conuentione obligari potest hypothecæ & pignoris causa ob malam administrationē, multo magis obligabitur ei aperte ex pacto & cōtractu. Verum hanc rationem

non satis prægnantem ipse iudico, cum *d. l. cum oportet*, non de bonis aduentitiis, quæ plena proprietate sunt filiisfam. loquatur, siquidem illorum administratio non ad patrem, sed ad filium spectat, vt post demonstrabitur; Verum solum de bonis aduentitiis, quæ vt regulariter accidit, vsufructu sunt patris.

Ad primum igitur prioris opinionis argumentum respondetur: In illis aduentitiis bonis, quæ quoad plenam proprietatem ad filiumf. spectant, ipsum filiumf. & ius famil. & ius patrisfam. I. obtinere. Ius enim familiæ & patrisf. in hoc consistit, vt quicquid aliquis acquirit, id sibi acquirat & pleno iure possideat; Deinde, vt de rebus istis pro arbitrio suo disponere possit, seu, vt sit bonorum suorum moderator & arbiter, *l. in re mandata, C. mandati*, & vt lex 12. tabb. loquitur, vti paterfa. de re sua legassit, ita ius sit. At hæc filio quoque familias in prædictis aduentitiis bonis competere indubium est. Nam primo bona hæc sibi pleno iure acquirit & retinet, si vt nihil quicquam iuris in illis pater obtineat: Deinde est etiam bonorum istorum moderator & arbiter, atque vt *d. Nouell. 117. c. 1.* loquitur, de bonis istis pro ut vult, disponere possit, sic vt prout de bonis istis legassit, ius sit.

Proinde in bonis hisce pro patref. habetur, Et quod ratione illorum patria potestas non attendatur, nec vllum effectum habeat, exinde relucet, quod patria potestas ratione bonorum, per filiumf. acquisitorum hunc habuerit effectum, vt quicquid filius acquireret, id omne acquireret patri, *tit. Inst. de his qui sui vel alien. iur.* hoc autem deficit in præfatis aduentitiis bonis: Igitur in illis non attenditur patria potestas. At, inquit, Gœddæus, filiusf non potest de hisce aduentitiis bonis testari, ius itaque familiæ & patrisfam. non obtinet. Sed respondeo adhuc sub iudice litem esse, an ne filiusf. de bonis aduentitiis, quorum plenam habet proprietatem, testamentum facere possit? Et sane mihi, saluo aliorum iudicio, verius videtur, ipsum testamentum facere posse, quia *in d. Nouell. 117. c. 1.* ei permittitur disponere *quo velit modo*, & si inter viuos de rebus illis potest disponere, cur non idem ei per vltimam voluntatem liceret? *arg. tot. tit. I. de L. Fr. Conan.* Sed hac de re alibi prolixe & ex professo tractabo.

Ad *secundum* Resp. In *l. 7. ff. de O. & A.* in qua Pomponius asserit, Actiones aduersus patrem filio præstari non posse, dum in potestate est filius, regulam contineri, à qua excipiantur bona castrensia, quorum respectu filio aduersus patrem actio præstetur, *l. Lis nulla. 4. ff. de iud.* Et ad exemplum horum excipiantur etiam bona aduentitia, in quibus plenam proprietatem habet filius, dum in potestate patris est: quorum exceptio confirmatur, *d. N. 117. c. 1.* & ratione iuris manifesta, quam paulo ante adduximus, nititur. Reliquæ vero leges à Gœdd. allegatæ nil quicquam ad propositum faciunt: Et quod *in l. fin. C. de bon. quæ lib.* si filiusf. alium sibi obliget ex contractu ipse solus non agat; Id ad ea solum pertinet bona in quibus pater habet vsumfructum, & quorum pater est legitimus administrator.

Item plane ad *tertium* respondendum: Nam & illud extra propositæ quæstionis terminos vagatur, & ad ea bona, de quibus impræsentiarum agimus, nil quicquam pertinet: Siquidem lucrum ex rebus istis, quarum vsusfructus ad filium spectat, proueniens, aut illarum occasione acquisitum non diuiditur inter patrem & filium, sed filii proprium est, *d. Nov. 117. c. 1.*

Ad *quartum* Resp. in bonis hisce aduentitiis, sicut in castrensibus filium cum patre non haberi pro vna persona: Siquidem patria potestas, quæ istam vnionem

nionem inducit, non se e... prædicta bona extendit, sed in iis filiusf. pro patrefam. habet, vt id paulo supra fuit ostensum.

Adde quod pater & filius non simpliciter, nec in omnibus habeantur pro vna persona, sed in rebus duntaxat acquirendis, §. *Ei vero. l. de inut. stipul.* Vnde & Imperatores *in l. fin. C. de impub. & aliis subst.* addunt particulam restrictiuam *pene*: Vnde sequitur, quoad ea bona, quæ patri non acquiruntur per filium, non reputari eos pro vna persona.

Ad *quintum* Resp. Reuerentiæ paternæ minime refragari patrem filio ex contractu super rebus filii propriis obligari; alioquin læderetur quoque reuerentia paterna, si pater cum filio super castrensibus bonis contrahens obligatur. Deinde quod filiusf. bona occasione militiæ acquisita habet sibi propria, ac pleno iure, id quidem ex publica causa descendit & fauore militiæ introductum est: Quod autem de iisdem bonis, instar patrisf. contrahere & disponere potest, adeoque iure patrisf. in iis vtitur, id ex iure communi proficiscitur, quo cuiuis domino rei suæ moderamen & arbitrium permittitur, *l. in re mandata. C. mandati.*

Ad *sextum* respondet Emanuel Mendez, patrem obligari posse filio ciuiliter; filium vero patri obligari non posse; nec esse inconueniens contractum ex parte si ii claudicare, quia id regulare est, quoties vnus ex contrahentibus ex consensu suo non potest obligari, *l. 14. §. si quis pupillo. ff. de act. empt.*

Verum hanc responsionem non puto subsistere posse propterea, quod rationes supra adductæ satis ostendant, non solum patrem filio, sed etiam filium patri vicissim obligari posse; Proinde existimo respondendum, patrem non esse bonorum illorum aduentitiorum, in quibus vsumfructum non habet, administratorem sed omnem illarũ rerum administrationem & quidem liberam ac plenam, ad filium pertinere, *d. Nouell. 117. c. 1. in verb.* quo velit modo disponere, non obstante *d. l. fin. § filiis autem*, qui textus est de illis aduentitiis bonis, quæ quoad vsumfructum ad patrem pertinent.

Ad postremum Resp. Etsi olim nullus contractus, nullum pactum inter patrem & filium super bonis aduentitiis celebrari potuerit, *l. 2. de contr. empt.* & ideo ne lis potuerit esse de illis inter patrem & filium, *l. 4. de iud.* id tamen hodie in bonis aduentitiis, quæ plena proprietate sunt filii, secus se habere, *d. Nov. 1. 7. c. 1.* Et ideo quoad hæc bona ius vetus correctum esse.

RESOLVTIO THESIS *Quartæ.*

INsuper inter coniuges constante matrimonio donatio prohibita est: prohibita, inquam ab initio fuit, non lege aliqua scripta (Siquidem doceri non potest vllam extitisse legem populi Romani vel Regiam, qua donationes inter virum & vxorem prohibitæ fuissent) sed MORIBVS: Ita quippe Vlpianus *in l. 1. ff. de donat. int. vir. & vxor. Moribus*, ait, *apud nos receptum est, ne inter virum & vxorem donationes valerent : hoc autem receptum est, &c.* Scipio Gentil. *de donat. inter vir. & vxor. lib. 1. c. 3.*

Cæterum interdicti huius rationes complexus est oratione sua in *l. 3. Dig. eſt. de donat. int. v. r. & vxor.* his verbis: *Maiores nostri inter virum & vxorem donationes prohibuerunt: Amorem honestum solis animis æstimantes, famæ etiam coniunctorum consulentes ne concordia pretio conciliari videretur, neue melior in pauperiorem incideret, deterior ditior fieret.* Quæ. 17. *Ob quas rationes inter coniuges donatio non subsistat?*

Continentur autem hisce verbis tres rationes.

I. Quod honestus amor solis animis æstimari debeat.

II. Quod concordia maritalis non debeat precio conciliari, vt in quo non so la turpitudo versetur, sed & publica labes & ruina morum metuenda sit: Hac quippe ratione eueniret, vt matrimonia sæpe discuterentur, si non donaret is, qui posset, atque ita eueniret vt venalitia essent matrimonia, perinde vt supra.

III. Quod par non sit deteriorem reddi ditiorem: Meliorem vero pauperiorem: Baldus meliorem interpretatur eum qui dat; deteriorem qui accipit, eo quod beatius sit ac melius dare, quam accipere. Sed Scipio Gentilis reiecta hac expositione istorum verborum hunc esse sensum ait: *Nec melior sui bonis spoliatus contemneretur à spoliatore, id est, deteriori.*

Hisce tribus rationibus in ordine expressis, additæ fuerunt quædam aliæ à veteribus ICtis: igitur IV. ratio hæc est: Ne mutuato amore spoliarentur donationibus non temperantes, sed profusa erga se facilitate *l. 1 ff de donat. int. vir. & vxor.* V. Ratio est ista: vt coniugibus esset studium liberos potius educandi *l. 2. ff. eod. tit.* quod studium educationis liberorum non parum si amor coniugalis & consequenter coniugale debitum, venalitia essent.

Etsi vero plures hæ sint prohibitionis istius rationes in legibus nostris fundatæ, principalis tamen huius interdicti, quam primario considerarunt legumlatores, est ea, quæ tertio loco relata fuit.

Quæ. 19. *An valeat inter coniuges donatio, ex qua vnus non fit locupletior, nec alter pauperior?* Quod nempe æquum non sit *deteriorem reddi ditiorem, meliorem vero pauperiorem* Hinc etiam quibus in casibus hæc ratio cessat, nec donans ex largitate & benignitate sua fit pauperior, aut donatarius ex liberalitate alterius non fit locupletior, cessat prohibitio nec inualida est donatio. Pro qua sententia textus est expressus *in l. 7. §. 1. & §. 7. Digest. hoc tit. de donat. int. vir. & vxor.* Ita Wesenbecius, Mozzius & Gomezius in locis ab Authore nostro allegatis.

Sed huic valde aduersari videtur textus *in l. 5. §. fin. Digest. de donat. int. vir. & vxor.* Nam ibi casus proponitur quo donatio non valet, nec tamen ex ea pauperior redditus erat maritus: Donaturus quippe erat aliquis marito; maritus rem sibi oblatam acceptare recusabat, iubebatque eandem vxori suæ darẽ, adeoque res nondum ad maritum peruenerat, neque ipsius patrimonii facta erat, & nihilominus tamen dicitur nullius esse momenti.

Verum Emanuel Soarez *in addit. ad Gomezium lit. L.* bene respondet ad istum textum in casu ibi proposito maritum nequaquam repudiasse donationem, sed recepisse, remque patrimonii ipsius esse effectam, sed ita vt breui manu ipse vxori per donantem rem eandem rursus donarit, cuius traditionis per breuem manum in iure nostro hinc inde fit mentio, præsertim vero *in eius d. l. 55. praeced. l. 2. pr. Digest. de donat. l. 44. §. falsus Digest. de furt.* Quod autem res donata in proposito casu fingatur tradita marito & ab hoc rursus per donantem vxori, id verba textus satis superque euincunt; ait enim Vlpianus: *Si donaturum mihi iussero vxori meæ dare: Ait enim Iulianus nullius esse momenti: perinde enim habendum, atque si ego acceptam & rem meam factam, vxori meæ dedissem, qua sententia vera est.*

Non desunt, qui serio contendant, Lit. C. etsi donationes inter viuos non valeant inter virum & vxorem, donationes tamen mortis causa inter coniuges valere. Ita post Accursium *in l. 1. §. Celsus 9. in verb. legat. Digest. de dot. relegat.* statuunt Didacus Covarru. *rubr. de Testam. part. 3 num. 2.* Iulius Clarus *lib. 4. senten. §.* Quæ. 20. *An inter virum & vxorem valeat donatio mortis causa?*

donatio. q. 9. Moz. *de person. int. quas ad don. num. 31.*

Fundamentum huius sententiæ primum constituunt in eo quod donatio mortis causa propius accedat ad conuentiones & contractus, quam ad vltimas voluntates.

2. Quod rationes eædem prohibitionis locum habeant in donatione mortis causa, quæ in donatione inter viuos.

3. Adducunt textum *in l. 53. ff. de donat. int. vir. & vxor.* Nam illic Pomponius hoc modo scribit: *Mortis sua causa genero vel nurui socerum donare frustra conuenit; quia, mortuo socero nuptiæ non soluuntur.* Vnde sic colligitur, si donatio mortis causa nurui à socero facta non valet, eo quod maritum habet in potestate, multo minus valebit donatio, si à marito ipso nurui sit facta.

Veruntamen hanc sententiam communis Interpp. schola explosit; Et certe tam eruditis viris digna minime videtur.

1. Primo enim textus sunt expressi quibus donationem mortis causa inter virum & vxorem valere statuitur. Nam *in l. vbi. 27 Digest. de donat. mort. caus.* Marcianus ICtus, Si mortis, inquit, causa donetur, ita vt nullo casu reuocari possit donatio, magis donandi causam esse mortem, quam mortis causa donationem, & ideo perinde haberi debere, atque aliam quamlibet donationem inter viuos; Ex quo statim infert, *& ideo inter viros & vxores non valet.* Nempe quia censeretur donationis inter viuos, cum si habenda esset pro donatione causa mortis, vtique valeret. Alioquin esset inepta & ridicula consecutio & illatio, si eiusmodi donatio valere non posset, nec si mortis causa facta proponeretur. Anton. Faber. *decad. 46. error. pragmat. 1.*

2. Eodemque spectare videtur, quod Papinianus respondit *in l. 40. eod. tit.* Si mortis causa inter virum & vxorem donatio facta sit, morte secuta reduci eam ad id tempus, quo interposita fuisset: Non sane alia de causa, quam quod ea sit natura donationum inter virum & vxorem, etiamsi donatoris silentio ac morte fuerint confirmatæ: alioquin opus non fuisset tractare de donatione mortis causa; sed sufficisset dici, si inter virum & vxorem donatio facta sit.

3. His accedit textus *in l. si quod m. l. 56. Digest. eod tit.* vbi Scæuola, *Si quod n. hi mortis causa donare quis vellet; ego pure vxori donare vellem, non valet quod vxori iubeo dari, quia illo conualescente conditione teneor, mortuo autem eo nihilominus pauperior sum, quia non habeo, quod habiturus essem.* Ideo hic pure factam donationem non valere à Scæuola proponitur, quo ostendatur aliud dicendum, si donatio non pure & absolute, sed mortis causa facta fuisset, quoniam eo casu cessat etiam ratio illa qua mouetur Scæuola vt neget valere donationem.

4. Sed quid multis? textus est in hanc rem apertus *in l. si eum vxori 9. §. vltim. Digest. de donat. int. vir. & vxor.* vbi disertis verbis Vlpianus scribit, Inter virum & vxorem mortis causa receptas esse. Eiusque rei ratio statim ex Caio subiicitur *in l. seq.* quia in id tempus excurrat donationis huius euentus quo vir & vxor esse desinunt: verba illarum duarum legum hæc sunt: *Inter virum & vxorem donationes mortis causa receptæ sunt: quia in hoc tempus excurrit donationis euentus, quo vir & vxor esse desinunt:* Sensus scilicet est: Non alia ratione prohibitas esse donationes inter virum & vxorem, quam quod sint coniuges, quos credibile esset ob mutuum illum amorem qui ex tam arcta coniunctione nascitur spoliaturos se bonis suis si inter eos huiusmodi donationes permitterentur, *l. 1. l. 2. l. 3. Digest. de donat. int. vir. & vxor.*

Hanc

Hanc vero rationem cessare in donationibus causa mortis, quia conferuntur in id tempus, quo vir & vxor esse desinunt, in tempus scilicet mortis, quo matrimonium dissoluitur: Nihil igitur impedire quo minus etiam inter coniuges valeant mortis causa donationes, quamuis inter eos nunquam valeant simplices donationes inter vivos Anton. Fab. d. loco.

Ex hisce igitur fundamentis luculentissime patere arbitror, sententiam Couarruuiæ plane lubricam, falsam & absurdam esse. Nec nititur vel probabilibus saltem rationibus.

Nam quod ad primam attinet, falsum est quod principii loco præsupponitur, donationem mortis causa propius accedere ad contractuum, quam ad vltimarum voluntatum naturam: contrarium quippe luculentissime *l. fin. C. de d. nat. mort. caus. & §. 1. I. de donat.* & suo loco infra hac de re prolixius dicemus.

Altera ratio refellitur manifestissime ex *d. l. 9. & 10 ff de donat. int. vir.* vnde nunc est ostensum aliam rationem esse quoad coniuges donationis mortis causa & donationis inter vivos, eamque rationem, quæ facit donationes simplices, seu inter viuos, illicitas inter virū & vxorē, penit⁹ deficere in donatione mortis causa.

Postremum fundamentum itidem exigui est ponderis: Nam *in d. l. 53.* hoc tantum Papinianus scribit, socerum frustra mortis suæ causa vel nurui vel genero donare, Ratione illa, quod mortuo socero nuptiæ non soluantur. Ex qua ratione recte Anton. Fab. colligit, dissimiles esse casus istius *l. 53.* & nostrum. Etenim inter ipsos coniuges mortis causa donatio permissa est, quia conferretur in id tempus dissoluendi matrimonii & quo vir & vxor esse desinunt: At in donatione quam vel mariti vel vxoris pater fecerint, ea ratio locum sibi non vindicat, si scilicet socer donauerit causa mortis suæ, quoniam hæc donatio cum perficiatur morte donatoris, perficitur eo tempore, quo nuptiæ adhuc subsistunt, quippe quæ non soceri, sed alterutrius tantum ex coniugibus morte dissolui possunt.

Et hanc opinionem amplectuntur post Wesenbecium, Sneidewin. & Mynsing. à Treutleto allegatos, Scipio Gentil. *in tractat. de donat. int. vir. & vxor. lib. 1. c. 36.* Anton. Fab. *error. pragm. decad. 46. err. 1.*

De Reciproca donatione vtrum inter coniuges valeat res itidem non per omnia videtur esse expedita. Quod enim statim ab initio talis donatio sit valida probare videtur *l. quod autem §. 2. ff. de donat. int. vir. & vxor.* vbi Vlpianus, Si vir, inquit, & vxor quina inuicem sibi donarint & maritus seruauerit, vxor consumpserit, recte placuit compensationem fieri donationum & hoc Diuus Hadrianus constituit. Quæst. 21 *An inter coniuges valeat donatio reciproca?*

2. Idem comprobare etiam videtur textus *in l. si quis pro vxore §. 1. ff. eod.* cuius verba hæc sunt: *Plane si conuenerit, vbi se mulier pascet et suosque homines: idcirco passus est eam dote sua frui, vt se suosque aleret, expeditum erit: puto enim non posse ab ea peti, quasi donatum, quod compensatum est.*

Cæterum pro contraria opinione est textus *in l. cum hic status. §. si ambo. ff. eod. tit.* vbi de commorientibus coniugibus scriptum est: *Sed cum neuter superuixerit donationes mutuæ valebunt: Nam & circa mortis causa donationes mutuas id erat consequens dicere neutri datam conditionem: locupletes igitur heredes donationibus relinquent.* vnde liquet, quod ab initio, cum fierent donationes mutuæ non valuerint, sed confirmentur demum morte coniugum.

Idem quoque videtur confirmare *l. si qui 26. ff. de donat. mort. caus.* vbi dicitur, *si qui inuicem sibi mortis causa donauerunt, pariter*

viter decesserunt, neutrius heres repetit, quia neuter alteri superuixit, idem iuris est si pariter maritus & uxor sibi donauerunt. Ecce & hic dicitur reciproca valere donatio, si defuncti fuerint coniuges; proinde ab initio non valet, sed morte demum confirmatur, atque sic eiusdem cum cæteris coniugum donationibus est conditionis.

Ad conciliationem horum textuum pro vtraque sententia productorum, missis aliorum conciliationibus, admittendam arbitror Scipionis Gentilis distinctionem, quam habet *lib. 2. c. 20. de donat. int. vir. & vxor.* Ait enim donationes reciprocas coniugum valere, si æquales sint, licet diuersis temporibus factæ, vt si quinque vtrinque accepta fuerint, prout proponitur *in d. l. quod autem. §. si vir.* idque ideo quia hoc casu neuter fiet pauperior nec locupletior, cum tantundem accipiat, quantum dedit, quamuis in tempore commodum aliquod & interesse usurum versetur: id enim in considerationem non venit *l. 11. ff. de donat.* Quod si vero donationes inæquales sunt, tunc eas non valere dicit, quoniam hactenus, quatenus inæquales sunt, non possunt dici reciprocæ siue mutuæ.

Quæ. 22. *An valeat donatio inter coniuges reciproca vt prædefunctis bona ad superstitem pertineant?* Sed nunquid valeat etiam talis donatio reciproca siue mutua inter coniuges vt prius sine liberis defuncti bona ad superstitem pertineant, admodum nobilis & intricata est quæstio?

Pro Affirmatiua sententia militant Andr. Fachin. *lib. 2. obseruat. practic. 126. & seq.* Vdalricus Zasius *consil. 1. n. 1. & seq. volum. 2.* Boer. *decis. 355. n. 2. & 3.* Iason. ad *L. si pater puella n. 3. C. de inoffic. testam.*

Sed contrariam sententiam propugnant plerique Neotericorum & ex illis inprimis Scipio Gentil. *lib. 2. c. 20. de donat. int. vir. & vxor.* Et hæc postrema sententia speciosis admodum rationibus niti videtur.

1. Primo enim pactio de mutua & reciproca successione, ita vt superstes alterius sine liberis prædefuncti heres esse debeat, generaliter atque indistincte prohibita est. Nam *in l. 19. Cod. de pact.* hæc in verba rescribunt Imperatores: *Licet inter priuatos huiusmodi scriptum, quo comprehenditur, vt is qui superuixerit, alterius rebus potiatur, ne donationis quidem mortis causa gesta efficaciter speciem ostendat: Tamen cum voluntas militum, quæ super vltimo vitæ spiritu, deque familiaris rei decreto quoquo modo contemplatione mortis in scripturam deducitur vim postremi iudicij obtineat, proponasque te & fratrem tuum ad discrimen prælij per gentes ob communem mortis fortunam inuicem esse pactos, vt ad eum, qui superstes fuisset, res eius, cui casus finem vitæ attulissent, pertinerent: existente conditione intelligitur ex fratris tui iudicio (quod principalium constitutionum prompto fauore firmatur) etiam rerum eius compendium ad te delatum esse.*

Ecce hic regula proponitur generalis, quod pactum de mutua siue reciproca donatione non valeat: Atqui ab hac regula nusquam in iure nostro reperitur pactio huiusmodi coniugum esse excepta: sub ista proinde regula continetur. Deinde regulæ subiicitur exceptio in pactione super reciproca successione militum; quæ exceptio confirmat regulam in casibus non exceptis.

2. Eandem sententiam corroborat & ista ratio, quod talis pactio de successione mutua præbeat occasionem captandi mortem alterius, *l. fin. C. de pact.* vterque enim omnem mouebit lapidem, quo alterum, quo cum pactus est, è medio tollat, sicque ad successionem eius perueniat: Improba captatoria & abominanda, præsertim inter coniuges est huiusmodi pactio.

Cæterum contraria opinio non minus speciosis, si non probabilior bus firmioribus, nititur rationibus.

rei publicæ, ne quid detrimenti capiat, quam cuiusque privati: Iam vero iuramentum actum legibus prohibitum seu improbatum confirmans vergere in Reipubl. detrimentum dubitare non licet, cum leges, quæ fulcrum sunt Relp. impugnet, infringat, eludat, vti per se plusquam est manifestum & id paulo ante sufficienter fuit comprobatum. Quocirca ex hisce fundamentis manifesto relucet, quod donatio à minore fineque ipsius curatoris consensu, adeoque illicite facta, non subsistat, etsi iuramento minoris confirmata fuerit.

Non obstat huic quod ex *Authent. Sacramenta puberum & l. 1. C. si aduersus vendit.* allatum fuit: Nam Donellus bene interpretatur hasce conditiones de eo casu, quo minor viginti quinque annis aut curatorem non habuit, aut habuit quidem curatorem, sed cōsensu ipsius contraxit, atque si contractus iste, quem iniit, iure ipso firmus, validus & efficax est; iuramentum vero superadditum hoc operatur, ne contra hunc contractum iure validum restitutionem in integrum minor petere possit, adeoque vis ipsius atque effectus in eo non consistit, vt contractum per se validum confirmet, sed vt excludat duntaxat restitutionis in integrum beneficium. Quod autem de tali contractu firmo ac valido intelligi debeant allegatæ duæ constitutiones, hisce rationibus ac fundamentis confirmatur.

1. Quod nomen *contractus* in dubio pro contractu valido ac legitimo accipi debeat. *arg. l. Non aliter ff. de legat.* 39.

2. Quia Authentic. *Sacramenta puberum.* loquitur de *contractibus non retractandis.* Hos autem non nisi ad contractus validos iureque subsistentes referri potest.

Nihil proinde posteriori sententiæ refragatur textus *d. cap. cum contingat:* Tametsi enim ius canonicum actus legibus ciuilibus contrarios iuramento confirmari ac conualidari iubeat, quam tamen recte, quam pie & quam vtiliter ex prædictis satis superque liquere puto.

Illis porro rebus quæ donari prohibentur, iure Saxonum accenseri debent bona auita, Stammgüter/quæ sine descendentium seu liberorum consensu alienabilia non sunt, Hoc quippe diserte cautum *artic. 52. l. 1.* Landtrecht/ qui textus cum paulo esset obscurior, Electorali Augusti Ducis Saxon. constitutione, quæ extat *part. 2. c. 12.* declaratus fuit: Verba autem eius constitutionis hæc sunt: Weil dieser Text (*d. art. 52.*) saget/daß ohne der Erben Laub/keiner sein eigen/(das ist/wie es gemeiniglich verstanden wird/Erbstamgüter) vergeben könne/ So ist zu wissen/ daß Stammgüter solche Güter seynd / welche der Donator nicht selbst acquirirt oder erlanget/sondern die von seinen Vorfahren/als Großvatter vnd dergleichen geerbet/vnd von denselbigen jhren Vrsprung haben. Zum andern/ist ferner darauff wol achtung zu haben/ daß der Text redet von vergebung der Güter. Derowegen soll vnserer Verordenten bedencken nach/ auch das Wort Erben/ nicht auff alle Erben/sondern allein auff die descendentes zu restringiren seyn. Wie dann eben auß diesen Vrsachen das SachsenRecht/ so von vnbeweglichen Gütern redet/ auff die beweglichen nicht zuerstrecken. Es soll aber gleichwol auch in denen Fällen/ da die veränderung der Stammgüter nicht verbotten/ dieselbige billich in fraudem legitimæ nicht zulässlich seyn. So soll gleicher Gestallt auch die Vbergabe der Stamgüter/wann gleich dieselben mit der Erben Laub/vnnd also licite geschehen/zu Recht nicht bestehen/in dem Fall/da sie vbermessig vnnd sich vber fünffhundert Gülden Vngerisch erstreckte/ sie were

dann

dann von erst gebührlich insinuiret, Vnnd alle obgesetzte Fälle sollen allein stadt haben in donatione simplice inter vivos. Vnnd daß jhnen frey stehe/sonsten solcher Güter halben Testamenta vnd andere beständige letzte Willen auffzurichten/welchen auch stracks nachzusetzen. Item vnd sonderlich daß ein jeder macht habe / solche Güter einem seiner Kinder für den andern/etiam donatione inter vivos, jedoch salua legitima, zuzuwenden/darbey wir es auch allenthalben bleiben lassen/ vnd sollen vnsere Juristen Faculteten vnnd Schöppenstüle darnach also sprechen vnd erkennen.

Lit. C. Quæ. 13. An filiusfa. possit donare, si liberam habet peculii aduentitii administrationem.

Sed nunquid filiusfam. de rebus peculii donare quippiam possit, an vero illis accenseri debeat personis, quæ donare prohibentur, quæstionis est? Et quidem quin res peculii castrensis donare possit, dubium nullum est: Cum enim harum rerum non modo dominus sit, sed liberam quoque habeat earundem administrationem; Ita vt quoad eas pro patrefam. habeatur, ratio nulla est, quæ ipsum res istas donare prohibeat. Sed nec textus vllus occurrit, quæ donatione ei interdicat; Vnde regula superior, quod omnis donare possit, qui specialiter non prohibetur, in ipso locum habebit.

De Aduentitiis bonis, quorum vsusfructus ad patrem spectat res itidem clara & expedita est: Sic enim *in l. 7. pr. ff. de donat.* Vlpianus scribit: *Filiusfam. donare non potest, neque si liberam peculii admini. strationem habeat: Non enim adhoc ei conceditur libera peculii administratio, vt perdat.*

2. Quam eandem sententiam confirmat quoque constitutio *l. 14. C. de donat.* qua Dioclet. & Maximin. Imperat. Ideo ita rescribunt: *Si filius tuus res ad te pertinentes, Sponsa sua, te non consentiente, donauit: Ad eam quod non habuit, transferre non potuit.*

3. Et eandem sententiam haut obscure confirmat Marcianus dum in *l. 25. §. 1. ff. de mort. caus. donat.* filiumfam. inquit, consentiente patre mortis causa donare posse; vult igitur, non consentiente patre, filiumf. mortis causa donare non posse.

4. Et ratio huius haut obscura est, quæ etiam in *d. l. 7. pr.* diserte proponitur, quod nempe donare non sit administrare, sed perdere.

5. Quin idem quoque stabiliri videtur *l. 1. §. 1. ff. quæ res pign. obligar.* cuius hæc sunt verba: *Si filiusfam. pro alio rem peculiarem obligauerit vel seruum, dicendum est eam non teneri, licet liberam peculij sui administrationem habeant; sicut nec donare eis conceditur. Non enim vsquequaque habent liberam administrationem.*

6. Et quod qui liberam administrationem habet peculii, non habeat ius donandi & ideo donandi causa non possit de re peculiari pacisci diserte asserit Gaius in *l. 28. §. 2. ff. de pact.*

Cæterum excipiuntur casus quidam, quibus res peculii filiusf. plenam eius administrationem habens, donare potest.

I. Primus est quando iusta causa & ratio subest donandi ac libertatem exercendi, vt si matri donet in alimenta; si sorori aliquid in dotem, si præceptori in honorarium *d. l. 7. §. 1.*

II. Secundus est, quando filius patris voluntate & concessione aliquid donat *d. l. 7. §. 2. l. 9 §. quod si filius. ff. eod.* Ratio huius exceptionis perspicua est, quoniam ipse pater donare intelligitur, cum filio id nominatim permittit: Vnde etiam rem ipsam paternam filiusf. donare potest, patre iubente aut permittente *d. l. 9. §. quod si filiusf.*

III. casus est cum filiusf. est Senator aut etiam minoris dignitatis *d. l. 7. §. 3.* Hoc quippe casu pater propter dignitatem potest filius rem peculiarem dona-

re, nisi pater specialiter ei facultatem donandi ademerit, cum ipse peculium daret: Exceptionis huius ratio est isthæc quia pater præsumitur tacite permittere donationem cum filio in dignitate posito concedit liberam peculii administrationem: quia de eo, qui in dignitate non est, præsumendum eum aliquid donaturum improbe aut luxuriose, quæ præsumptio in eo, qui in dignitate constitutus est, aperte cessat.

Hisce vero tribus casibus exceptis, relinquitur quod de bonis aduentitiis, in quibus pater vsumfructum habet, filiusfam. donare possit.

De illis vero aduentitiis bonis, quæ plena proprietate ad filiumf. pertinent, numquid idem dicendum, non videtur perinde expeditum esse?

Mihi tamen negatiua sententia verior esse videtur. Et quod filiusf. ista aduentitia bona donare possit, hisce euincitur rationibus.

1. Etenim filiusf. bonorum istorum plenum habet dominium plenamque administrationem: Ergo etiam de iisdem liberrimam habet disponendi facultatem, *l. in re mandata. C. mandat.*

2. Insuper in iis bonis, in quibus pater nihil iuris habet, filiusf. licet paganus militi comparatur *l. Imperator 50. ff. ad Trebell.*

At vero miles hoc gaudet priuilegio, vt de rebus suis libere & quocunque voluerit modo disponere queat.

3. Et sane ob quam rationem filiusf. de castrensibus vel quasi castrensibus bonis donando disponere possit, quod nempe plenũ in iis obtineat dominium, propter eandem rationem de aduentitiisquoque bonis istis per donationem inter viuos vel mortis causa disponere poterit.

4. Quin & hoc diserte permissum videtur filiof. *in Nouell. 117. c. 1. §. 1.* vbi de rebus istis aduentitiis, quarum vsumfructum simul & proprietatẽ habet filius, permittitur filiof. *quo voluerit modo disponere.* Et cum *in l. fin. §. 5. versic. filiis autem familias. C. de bonis quæ lib.* filiusf. alienatione & donatione illorum duntaxat bonorum interdicitur, quorum vsusfructus parentũ est, sequitur exinde, quod illarum rerum, quarũ plena proprietas est filiorumf. alienatio ac donatio filiisf. fit permissa *arg. l. 1. ff. de officio eius cui. & l. cum prætor 12. ff. de iudic.*

Illis porro qui donare prohibentur, recte quoque annumeratur pater, vt qui filio suo donando nihil agat: Ita quippe sancitum hac de re & constitutum est, *in l. 11. C. de donat. Cum de bonis partem quidem penes te retinuisse, partem vero in eum, quem in potestate habes, donationis titulo contulisse commemoras? Non est incerti iuris in eum, quem in sacris familia tua remanet, destinationem magis paternæ voluntatis factã, quam perfectam donationem peruenisse, inquiunt ibid. Impp. Diocle. & Maximin.* Lit. D.

Cur autem parentes liberis, sua in potestate, donare non possint, ratio hæc est, quia qui liberis suis in potestate donat sibi ipsi donare videtur, quoniam quod liberis iis donatur, statim parentibus acquiritur *l. 17. in fine C. de donat.* Excipitur tamen dos, cui hodie est exæquata donatio propter nuptias *Nouell. 97. l. vlt. C. de collat. bonor.* Ratio exceptionis est ista, quia dos non tam filiæ cedit, quam marito eius, qui dotis fit dominus *l. quamuis 75. ff. de iure dot. l. 30. C. eod.* Vnde etiam dos data filiæ dicitur abscedere à bonis patris *l. pater filiam. 14. ff. ad L. Falcid. l. vlt. ff. de collat. dot.*

Etsi autem hæc donatio à patre filio facta non valeat ab initio, confirmatur tamen ex post facto, & quidem tribus modis. 1. Iureiurando. 2. Emancipatione 3. Morte. Quæst. 1. *An donatio, à patre filio facta, confirmetur iuramento patris.*

Iureiurando patris confirmari donationem filio suo factam, si nempe iuret pater nolle se donationem reuocare, tra-

dit

dit hoc loco Treutlerus noster secutus Andr. Gaillum *lib. 2. obseruat. practic. 38. n. 7.* Mynsinger. *2. obseruat. 33. n. 5.* Clar. *lib. 4. sent. §. donatio q. 4.*

Et quanquam contraria sententia alicui non immerito verior videri posset: Tum quia ratio quæ huiusmodi donationem inter patrem & filium impedit, etiam in iurata donatione locum habere videatur: Tum quia iuramentum non potest interponi super eo quod est impossibile, nec super eo interpositum valeat: Impossibile autem sit, vt quis sibi obligetur & aliquid donet. *l. si quis pro eo §. 1. ff. de fideiussor.*

Contraria tamen opinio, rationibus hisce non obstantibus, verior est: 1. Quia inter patrem & filium naturalis oriri potest obligatio *l. frater à fratre ff. de condict. indeb.* proinde si pater aliquid filio donet ex contractu isto donationis naturalis oritur obligatio, cui, si accedat iuramentum, robur & efficaciam ex eo accipit: Cum iuramentum naturalem obligationem efficacem reddat *c. quamuis de pact. in sext.*

2. Quia iuramentum est iuris diuini & vinculum animæ, eoque iure patria potestas, quæ est iuris ciuilis §. 2. *I. de patr. pot.* in considerationem non venit. *c. fin. de iudic. in sext.* vbi in spiritualibus patriæ potestatis non habetur ratio.

3. Quia sententia hæc non solum communi DD. calculo approbata, sed etiam in Camera Imperiali recepta est, teste Gaillo *d. num. 7.*

Confirmatur deinceps donatio à patre filio facta emancipatione filii *l. 17. C. de donat.* Hoc enim ipso quod pater filiũ emancipando donationem non expresse reuocauit, censetur ea fuisse voluntate quod illam valere ac subsistere voluerit; quæ ipsius voluntas exitum quoque habere potuit per emancipationem filio suo iuris effecto vtpote ratione ob quã prius non valebat deficiente.

Postremo confirmatur donatio filiof. facta, morte patris donatoris, *l. 25. C. de donat. int. vir. & vxor. Nam ibi sic Iustinianus Imp. rescribit: Donationes quas parentes in liberos cuiuscunq; sexus in potestate sua constitutos conferunt vel vxor in suum maritum, vel maritus in suam vxorem, vel alteruter eorum in aliam personam, cui constante matrimonio donare non licet, vel alia persona in eam cui donare non poterant ita firmas esse per silentium donatoris aut donatricis sancimus, si vsque ad quantitatem legitimam vel eam excedentes, actis fuerint intimata, &c.* Quæst. 15. An donatio patris sola ipsius morte confirmetur.

Sed obstant huic sententiæ textus *in l. 1. §. 1. ff. pro donato. l. 4. §. 1. ff. pro suo. l. 2. §. filium. ff. pro herede.* quibus in locis significatur quod si confirmatio patris defuncti non appareat ex testamento vel ex alia scriptura morientis solo silentio per mortem non confirmetur.

Equidem Hubertus Giphanius in Lectur. Altorphin. ad *l. 11. C. de donat. num. 13.* & Iacobus Cuiacius *lib. 54. ad e. dict. Pauli in expl. d. l. 1. §. 1. pro donato* adductos textus de iure veteri intelligendos esse; At iure nouo per *d. l. 25.* aliud inductum esse.

Verum Franciscus Duarenus quem sequitur Hugo Donellus & hic Treutlerus noster hanc conciliationem repudiant statuentes & iure pandectarũ donationem à patre filio factam silentio per mortem patris fuisse confirmatam: Etenim *d. l. 25.* vt ex inscriptione & subscriptione luculenter constat, non est vna ex nouis constitutionibus & quinquaginta illis decisionibus, quæ emendato Codici de nouo ad emendationem iuris veteris fuerunt insertæ, sed est vna ex veteribus legibus quæ in priori Codice extiterunt adeoque promulgatione anteriores sunt legibus pandectarum, pro qua sententia facit etiam textus *in l. 18. Cod. famil. hercisc.*

Ea

Etenim constitutio est Diocletiani & Maximin. & idcirco in priori Codice, ante pandectas composito extitit, & tamen diserte illic sancitur donationem à Patre filio factam confirmari m e patris, quia dicitur rem donatam sibi præcipuam ex donatione retinere filium.

Pari modo in *l.2.C.de inoffic. donat.* dicitur donationem filio in potestate patris existenti factam valere ita vt debitæ ab intestato portionem quartam consequatur filius, atque ita confirmata fuit morte patris. Et tamen nec ista constitutio vna est ex nouis & legibus pandectarum posterioribus constitutionibus, sed est Impp. Valeriani & Gallieni, adeoque & ante leges pandectarum in vigore & obseruantia fuit.

Quocirca reiecta hac responsione & inter ius vetus ac nouum distinctione existimo ad *d.l.1.§.1.ff.pro donato* commode sic posse responderi, non illic afferere ICtum Paulum donationem filio factam morte patris non fuisse confirmatam, sed hoc duntaxat ibi asseri, donationem prius, ante mortem sc. patris, nullam fuisse, & ideo filium ex titulo p. donato rem à patre sibi donatam vsu non capere: ex quo non recte negabitur, quod filio donatio non fuerit patris morte confirmata: Nec etiam sequitur res à patre filio donata post mortem patris pro donato non capitur vsu. Ergo donatio non valet nec morte patris conualuit. Et probe obseruandum quod Paulus non dicit donationem non valere post mortem patris, sed non valuisse, siue nullam fuisse. Ex quo rursus male infertur, quod nunc mortuo patre non valeat.

Idem ad *d.l.2.§.1.versic. filium quoque ff. pro herede*, responderi debet, Nam nec illic quicquam aliud sancitur quam quod filius rem à patre sibi donatam titulo pro herede vsucapere non possit. Ex quo profecto perperam colligitur, quod patris donatio morte eius non confirmetur.

Denique *l.4.§.1.ff.pro suo.* nihil omnino ad rem facit, quoniam illic non dicitur vsucapionem post mortem patris procedere in iis rebus quæ à patre filio fuerunt reuera donatæ, sed in illis rebus quæ fuerunt alienæ.

Obiici etiam solet superiori sententiæ textus in *l.13.C.de collat. bonor.* vbi dicitur filium cogi conferre bona quæ à patre viuo ei donata fuerunt, vnde Hotomannus apertissimum esse existimat donationem non conualescere morte patris.

Verum Hubertus Giphanius ad *d.l. 11.n.14.* ait contrarium exinde colligendum & hoc modo concludendum: Cogitur conferre.

Ergo valuit donatio; quia si non valeret donatio, fundus non ad ipsam, cui donatus est à patre, pertineret, nec consequenter ab ea conferri posset, quia maneret in hereditate patris.

Quocirca verissimum esse existimo, quod donatio, quam pater filio suo fecit, morte patris confirmetur, idque non solum de nouo, sed etiam de veteri iure obtinuerit.

Quæ. 16. *An donatio remuneratoria filio à patre facta subsistat?*

De remuneratoria donatione, an statim ab initio valeat, si à patre filio sit facta, non iniuria quæritur; sunt enim hac de re discordantes Interpp. nostrorum sententiæ. Etenim Arius Pinellus in *l.1.part.3.n.61.C.de bon.matern.* & ad *l. 2.part.1.c.4.n.4. C. de rescind. vendit.* Hubert. Giphanius ad *l 11.n.16.& seqq. C. de donat.* negant remuneratoriam donationem inter patrem ac filium valere ac subsistere posse. Tum quia neque iure neque ratione nititur: Tum quia liberorum merita in parentes proprie non sint merita, sed debita naturaliter pietatis officia & obsequia. *l.filia tua 5.C.de patria pot.* Nam parentibus vt & Deo ne gratia quidem par referri potest, vt ait

Auctor.

Aristot. *lib. 8. Ethic.* Cum igitur nulla possint esse merita filii in parentem, nec remuneratio vlla istorum meritorum esse potest: Cum non entis nullæ sint qualitates, nullæ considerationes.

Cæterum ab hac sententia recedit post Tiraquellum *in repetit. l. si vnquam. versic. donatione largitus n 20. 21. & 106. C. de Reuoc. donat.* Daniel Mollerus *lib. 2. semestr. c. 16.* quam & communem & practicabilem dicit, eidemque subscribit quoque Treutlerus noster.

1. Etenim ingratitudo bene meritum præsupponit. Atqui *in Novell. 115. c. 4.* aliquot & quidem bene multæ causæ ingratitudinis parentum erga liberos referuntur & illæ quidem tantæ vt ob eas parentes à liberis præteriri & exheredari queant. Consequens igitur est quod liberorum quædam in parentes possint esse benemerita.

2. In *Authent si parens. C. de inoffic. Testam.* expresse dicitur, filium, de quo ibi quærebatur, largitatem patris meruisse: Ergo sunt quædam filii in patrem benemerita.

3. Quin etiam sunt textus expressi *in l. In ipsius. C. fam. hercisc. l. cum pater. §. rogo filia. Digest. de legat. 2. l. 3. Digest. de obseq. à lib. præstand. & l. fin. C. de alim. legat.* In quibus diserte mentio fit meritorum filii erga patrem.

Nec obstant Pinelli & Giphanii rationes: Non prima, quia si merita sunt liberorum in parentes, sequitur exinde infallibiliter, quod etiam inter parentes & liberos remuneratoria donatio consistere queat. Falsum proinde est, quod ratio nulla sustineat remuneratoriam donationem in liberis.

Non etiam refragatur secunda ratio. Tametsi enim omnia ista quæ præstant faciuntque parentibus liberi, sint debita & obsequia, interim tamen, quo veteres prudentes legumlatores liberos in hoc suo officio retinerent, voluerunt eos ad illa, quæ lex & natura ab iis requirunt expectatione etiam paternæ remunerationis inuitare.

Lubet hic annectere istam quæstionem non minus controuersam, anne liberi possint parentibus, quorum in potestate consistunt, donare? Etenim Guido Papa *decis. 223.* Francisc. Hotoman. *disp. de donat. c. 4. n. 14.* Hubert. Giphan. *ad l. 9 §. penult. ff. de donat.* Quæ. 17. *An liberi possint parentibus donare?*

1. Quia donatio, quam filius facit patri est contra naturæ & parentum votum, qui malunt sua bona ad liberos, quam bona liberorum ad se peruenire *l. 7. Digest si tab. testam. null. extab.*

2. Quia hac ratione pater in rem suam filio auctor foret: hoc autem facere nemini permittatur *l. 1. § 2 ff. de auctor. tutor.*

Sed hæ rationes non admodum magni sunt ponderis: Nam si prima concludens & alicuius momenti foret, impediret vtique omnes donationes liberorum etiam emancipatorum in parentes, quoniam & in his locum habet. Deinde non hoc est contra naturæ votum, aliquid à liberis ad parentes peruenire, siquidem natura nequaquam repugnat, nec impedit quo minus parentibus liberi acquirant, *pr. & §. 1. I. per quas person. nob. acquir.* sed hoc saltem in allegata *l. 7. & l. 15. Digest. de inoffic. testam.* dicitur, naturæ voto contrarium, vt liberi ante parentes decedant, illique hos successores habeant.

Sic nec altera ratio admodum prægnans videtur, quia filius patri donare potest, etsi pater ipsi auctor non fiat, vnde & ipse Hotomannus imbecillitatem huius argumenti agnoscit.

Quapropter sic statuendum censeo, de bonis aduentitiis, in quibus pater vsumfructum habet, filium nihil quicquam posse donare patri.

1. Quia donatorem & donatarium oportet esse diuersos, nec enim idem

sibi ipsi donare potest. *arg. l. Inter stipulantem. l. 5. §. stipulatio. ff. de verbor. obligat.* Pater autem & filius in ipsius potestate existens, pro vna reputantur persona, *§. ei vero. I. de inutil. stipulat. l. fin. C. de impub. & al. substit.* Nec hoc solum iure ciuili, sed & naturali, *d. l. fin. in verb.* Et natura Pater & filius eadem esse persona intelligantur.

2. Quia actio & passio circa idem, ad idem eodem modo simul concurrere non possunt. At si pater filio & contra filius patri donatet, & ex donatione sibi inuicem obligarentur, in eadem persona concurreret actio & passio; adeoque confusione obligatio tolleretur, & pactum siue donatio sine effectu constitueretur.

Caetrrum excipiuntur nominatim & expressi bona castrensia & quasi castrensia, de quibus cum patre filius contrahere & pacisci potest, sic vt ex contractu pater obligetur filio & filius patri, perinde ac si cum extraneo filius contraxisset, *l. his nulla. ff. de iudic. §. t. & seq. l. per quas person. nob. acquir. l. 7. ff. de obligat. & Act.*

Sed vtrum idem quoque de illis aduentitiis bonis dicendum, in quibus pater nihil iuris obtinet sed filio plena proprietas competit? Equidem communis est opinio teste Iasone *in l. Frater à fratre n. 37. ff. de condict. indeb.* Emanuele Mendez de castro *in l. cum oportet. C. de bon. qua lib num. 93. & sequent.* quod item plane in his bonis quod in castrensibus obtineat. Verum ab ea post veteres quosdam recedit Iohannes Goedd. *in tract. de contrah. & committ. stipulat. c. 7. nu. 52. & seq.* statuens de illis bonis aduentitiis, in quibus filiof. plena tribuitur proprietas, posse filium cum patre, perinde, vt de bonis castrensibus, pacisci & contrahere.

1. Quia etsi in iis rebus quas pleno iure filiusf. consequitur iuxta *Nov. 117. c. 1.* liberam habet administrationem si eius aetatis fuerit, vt sine curatoribus posset sua administrare: non tamen iusfamiliae siue patrisf. in iisdem obtinet, sicuti in castrensibus, quod vel inde elicitur, quia ius testandi disponendique per vltimam voluntatem ei in istis non est concessum. *l. fin. C. qui testam. fac. possunt.*

2. Quia filiofam. aduersus patrem in his rebus aduentitiis non praestari, inuito patre, actiones, dum in potestate est, patet ex *l. 7. ff. de oblig. & act. l. Non solum. §. filiof. & §. seq. de iniur. l. 1. Authent. tricennali & ibi Dd. C. de bon. matern.* Adeo vt si alium sibi obliget, ipse met solus non agat, sed patre permittente ac iubente, vel absente, in bus solummodo casibus exceptis, *in l. fin. C. de bon. qua liber.*

3. Quia si filiusf. pecunia patris sui in causa aduentitii, nedum profectitii negociatus sit, diuiditur quidem lucrum inter patrem & filium pro modo operarum, industriae, pecuniae, arbitratu boni viri, Menoch. *de arbitr. ind. quaest. lib. 2. Cas. 126.* sed hoc ita, vt non veniat iure actionis filiusfam. ad diuisionem, sed per retentionem, neque patet ab ipso petat, sed vt is suum vindicet, siue potius tollat. Quo efficitur nec in aduentitiis inter patrem & filium nasci actionem ciuilem aut vtilem.

4. Quia contrahentes debent esse personae diuersae, vt supra fuit demonstratum: At si pater & filius contraherent & paciscerentur eadem persona secum pacisci & contrahere intelligeretur, quia vox patris est vox filii, & contra. *§ Ei vero. Inst. de inut. stipul.*

5. Quin & ideo haec sententia humanior videtur & verior, quia patri sua debet constare reuerentia, nec ab ea recedendum sine publica causa: publica autem causa militiae videtur hoc speciale ius de castrensibus peculiis persuasisse *arg. l. 9. ff. de his, qui sui vel alieni, l. fin. C. de inoff. testam.* At in aduentitiis nulla eius-

modi

modi causa publica vel fingi, vel ostendi potest.

6. Accedit his quod cum iure etiam naturali pater sit legitimus administrator filii, *l. fin. §. filius autem. C. de bon. qua lib.* contrahendo cum filio fieret author in re propria, quod absurdum est, *l. 1. ff. de Auth. tut.* Hinc igitur concludendum nec naturalem obligationem oriri inter patrē & filiū in bonis aduentitiis.

7. Postremo vrgetur regula quod inter patrem & filium lis nulla esse possit. *l. 4. ff. de iudic.* Nec inter filium & patrem emptio contrahi queat. *l. 2. ff. de contrah. empt.* Exceptis castrensibus bonis: Quæ exceptio regulam confirmat in casibus non exceptis: Vt perinde bona aduentitia, cum nullibi excipiantur, sub regula contineri intelligantur, sic vt nec de illis possit inter patrem & filium lis esse, nec emptio venditio contrahi. Verum, vt dixi, ab hac sententia communis interpretum schola recedit, statuens filiumf. de bonis istis aduentitiis, in quibus plenam habet proprietatem contrahere & paciści ad instar patrisfam. posse; Et recte.

1. Quia de bonis aduentitiis: in quibus pater vsumfructum non habet, filiofam. conceditur liberrima dispositio & administratio, sic vt de illis non aliter disponere, eaque administrare possit, quam paterf. *Nou. 117. c. 1.* cuius hæc sunt verba: *Res autem ita relictas*, (vt scilicet vsusfructus non ad patrem sed ad filium spectaret) *siue donatas positis sub potestate personis, siquidem perfectæ sint ætatis, licet sub potestate sint, licentiam habeant quo velint modo disponere. Si vero ætate minores sint, per quem perspexerit testator aut donator, hæc gubernentur*; Iam vero constat administrationis iure contineri ius paciscendi, contrahendi & obligandi *l. princeps. de verb. significat.*

Et quanquam Gœddæus respondeat hæc intelligi debere de habili subiecto & de tali persona, quæ stipulanti & contrahendi secundum regulas iuris obligari possit, ac vice versa; cum actus agentium non sint nisi in agente bene & apte disposito, *l. 1. C. de hered. instit. §. legari, l. de legat.* Hæc autem bene & apte disposita qualitas in patre, respectu filiifam. propter iuris ciuilis regulas & ius potestatis patriæ non reperiatur.

Tamen hæc responsio propositum argumentum non infringit; siquidem dum statuitur patrem esse talem personam, quæ filio ex contractu & pacto, obstantibus regulis iuris & potestate patria, obligari nequeat, manifeste petitur principium: hoc siquidem ipsum est, quod nunc in disputatione vertitur.

2. Probatur etiam hæc sententia ex eo, quod cessante ratione iuris, cesset quoque iuris prohibitio. At in bonis aduentitiis quorum vsusfructus ex noua lege ad filiumf. spectat, cessat ratio, ob quam de bonis aduentitiis, in quibus patri vsusfructus competit, non potest filius contrahere, quæ hæc est, quod quicquid ex his bonis filiusf. acquirit, id non sit ipsius proprium, sed patris, ac consequenter & obligatio, quæ ex pacto & contractu, super huiusmodi rebus initio nascitur, non sit filii propria *l. fin. Cod. de bon. qua lib.* adeoque horum bonorum respectu pater cū filio vna censeatur persona. Hanc autem rationem in bonis istis de quibus nunc loquimur, aduentitiis deficere, pluśquam manifestum est.

3. Huc etiam facit quod *in d. l. cum oportet, C. de bon. qua lib.* constitutum sit, vt filiofam. propter malitiosam patris administrationem, ex eo tempore competat hypotheca tacita in bonis patris administrantis: Si itaque pater tacita conuentione obligari potest hypothecæ & pignoris causa ob malam administrationē, multo magis obligabitur ei aperte ex pacto & cōtractu. Verum hanc rationem

OO 2 non

non satis prægnantem ipse iudico, cum *d.l.cum oportet*, non de bonis aduentitiis, quæ plena proprietate sunt filiifam. loquatur, siquidem illorum administratio non ad patrem, sed ad filium spectat, vt post demonstrabitur; Verum solum de bonis aduentitiis, quæ vt regulariter accidit, vsufructu sunt patris.

Ad primum igitur prioris opinionis argumentum respondetur: In illis aduentitiis bonis, quæ quoad plenam proprietatem ad filiumf. spectant, ipsum filiumf. & ius famil. & ius patrisfam. l. obtinere. Ius enim familiæ & patrisf. in hoc consistit, vt quicquid aliquis acquirit, id sibi acquirat & pleno iure possideat; Deinde, vt de rebus istis pro arbitrio suo disponere possit, seu, vt sit bonorum suorum moderator & arbiter, *l. in re mandata, C. mandati*, & vt lex 12. tabb. loquitur, vti paterfa. de re sua legassit, ita ius sit. At hæc filio quoque familias in prædictis aduentitiis bonis competere indubium est. Nam primo bona hæc sibi pleno iure acquirit & retinet, si vt nihil quicquam iuris in illis pater obtineat: Deinde est etiam bonorum istorum moderator & arbiter, atque vt *d. Nouell. 117. c. 1.* loquitur, de bonis istis pro ut vult, disponere possit, sic vt prout de bonis istis legassit, ius sit.

Proinde in bonis hisce pro patref. habetur, Et quod ratione illorum patria potestas non attendatur, nec vllum effectum habeat, exinde relucet, quod patria potestas ratione bonorum, per filiumf. acquisitorum hunc habuerit effectum, vt quicquid filius acquireret, id omne acquireret patri, *tit. Inst. de his qui sui vel alien. iur.* hoc autem deficit in præfatis aduentitiis bonis: Igitur in illis non attenditur patria potestas. At, inquit, Gœddæus, filiusf. non potest de h sce aduentitiis bonis testari, ius itaque familiæ & patrisfam. non obtinet. Sed respondeo adhuc sub iudice litem esse, ancne filiusf. de bonis aduentitiis, quorum plenam habet proprietatem, testamentum facere possit? Et sane mihi, saluo aliorum iudicio, verius videtur, ipsum testamentum facere posse, quia *in d. Nouell 117. c. 1.* ei permittitur disponere *quo velit modo*, & si inter viuos de rebus illis potest disponere, cur non idem ei per vltimam voluntatem liceret? *arg. tot. tit. I. de L Fr. Conan.* Sed hac de re alibi prolixe & ex professo tractabo.

Ad *secundum* Resp. In *l. 7. ff. de O. & Act.* in qua Pomponius asserit, Actiones aduersus patrem filio præstari non posse, dum in potestate est filius, regulam contineri, à qua excipiantur bona castrensia, quorum respectu si io aduersus patrem actio præstetur, *l. Lis nulla. 4. ff. de iud.* Et ad exemplum horum excipiantur etiam bona aduentitia, in quibus plenam proprietatem habet filius, dum in potestate patris est: quorum exceptio confirmatur, *d. N. 117. c. 1.* & ratione iuris manifesta, quam paulo ante adduximus, nititur. Reliquæ vero leges à Gœdd. allegatæ nil quicquam ad propositum faciunt: Et quod *in l. fin. C. de bon. quæ lib.* si filiusf. alium sibi obliget ex contractu ipse solus non agat; Id ad ea solum pertinet bona in quibus pater habet vsumfructum, & quorum pater est leg timus administrator.

Item plane ad *tertium* respondendum: Nam & illud extra propositæ quæstionis terminos v gatur, & ad ea bona, de quibus impræsentiarum ag mus, nil quicquam pertinet: S quidem lucrum ex rebus istis, quarum vsusfructus ad filium spectat, proueniens, aut illarum occasione acquisitum non diuiditur inter patrem & filium, sed filii proprium est, *d. Nov. 117. c. 1.*

Ad *quartum* Resp. in bonis hisce aduentitiis, sicut in castrensibus filium cum patre non haberi pro vna persona: Siquidem patria potestas, quæ istam vnionem

sionem inducit, non ft e a i prædicta bona extendit, sed in iis filiusf. pro patresfam. habet, vt id paulo supra fuit ostensum.

Adde quod pater & filius non simpliciter, nec in omnibus habeantur pro vna persona, sed in rebus duntaxat acquirendis, §. *Ei vero. l. de inut. stipul.* Vnde & Imperatores *in l. fin. C. de impub. & aliis sulst.t.* addunt particulam restrictiuam *pene*: Vnde sequitur, quoad ea bona, quæ patri non acquiruntur per filium, non reputari eos pro vna persona.

Ad *quintum* Resp. Reuerentiæ paternæ minime refragari patrem filio ex contractu super rebus filii propriis obligari; alioquin læderetur quoque reuerentia paterna, si pater cum filio super castrensibus bonis contrahens obligatur. Deinde quod filiusf. bona occasione militiæ acquisita habet sibi propria, ac pleno iure, id quidem ex publica causa descendit & fauore militiæ introductum est: Quod autem de iisdem bonis, instar patrisf. contrahere & disponere potest, adeoque iure patrisf. in iis vtitur, id ex iure communi proficiscitur, quo cuiuis domino rei suæ moderamen & arbitrium permittitur, *l. in re mandata. C. mandati.*

Ad *sextum* respondet Emanuel Mendez, patrem obligari posse filio ciuiliter; filium vero patri obligari non posse; nec esse inconueniens contractum ex parte si ii claudicare, quia id regulate est, quoties vnus ex contrahentibus ex consensu suo non potest obligari, *l. 14. §. si quis pupillo. ff. de act. empt.*

Verum hanc responsionem non puto subsistere posse propterea, quod rationes supra adductæ satis ostendant, non solum patrem filio, sed etiam filium patri vicissim obligari posse; Proinde existimo respondendum, patrem non esse bonorum illorum aduentitiorum, in quibus vsumfructum non habet, administratorem sed omnem illarũ rerum administrationem & quidem liberam ac plenam, ad filium pertinere, *d. Nouell. 117. c. 1. in verb.* quo velit modo disponere, non obstante *d. l. fin. § filiis autem,* qui textus est de illis aduentitiis bonis, quæ quoad vsumfructum ad patrem pertinent.

Ad postremum Resp. Etsi olim nullus contractus, nullum pactum inter patrem & filium super bonis aduentitiis celebrari potuerit, *l. 2. de contr. empt.* & ideo ne lis potuerit esse de illis inter patrem & filium, *l. 4. de iud.* id tamen hodie in bonis aduentitiis, quæ plena proprietate sunt filii, secus se habere, *d. Nov. 1.7. c. 1.* Et ideo quoad hæc bona ius vetus correctum esse.

RESOLVTIO THESIS *Quartæ.*

INsuper inter coniuges constante matrimonio donatio prohibita est: prohibita, inquam ab initio fuit, non lege aliqua scripta (Siquidem doceri non potest vllam extitisse legem populi Romani vel Regiam, qua donationes inter virum & vxorem prohibitæ fuissent) sed MORIBVS: Ita quippe Vlpianus *in l. 1. ff. de donat. int. vir. & vxor. Moribus,* ait, *apud nos receptum est, ne inter virum & vxorem donationes valerent : hoc autem receptum est, &c.* Scipio Gentil. *de donat. inter vir. & vxor. lib. 1. c. 3.*

Cæterum interdicti huius rationes complexus est oratione sua in *l. 3. Digest. de donat. int. v. r. & vxor.* his verbis: *Maiores nostri inter virum & vxorem donationes prohibuerunt: Amorem honestum solis animis æstimantes, famæ etiam coniunctorum consulentes ne concordia pretio conciliari videretur, neue melior in paupertatem incideret, deterior ditior fieret.* Quæ. 17. *Ob quas rationes inter coniuges donatio non subsistat?*

Continentur autem hisce verbis tres rationes.

I. Quod honestus amor solis animis æstimari debeat.

II. Quod concordia maritalis non debeat precio conciliari, vt in quo non sola turpitudo versetur, sed & publica labes & ruina morum metuenda sit: Hac quippe ratione eueniret, vt matrimonia sæpe discuterentur, si non donaret is, qui posset, atque ita eueniret vt venalitia essent matrimonia, perinde vt supra.

III. Quod par non sit deteriorem reddi ditiorem: Meliorem vero pauperiorem: Baldus meliorem interpretatur eum qui dat; deteriorem qui accipit, eo quod beatius sit ac melius dare, quam accipere. Sed Scipio Gentilis reiecta hac expositione istorum verborum hunc esse sensum ait: *Nec melior suis bonis spoliatus cōtemneretur à spoliatore, id est, deteriori.*

Hisce tribus rationibus in ordine expressis, additæ fuerunt quædam aliæ à veteribus ICtis: igitur IV. ratio hæc est: Ne mutuato amore spoliarentur donationibus non temperantes, sed profusa erga se facilitate *l. 1 ff de donat. int. vir. & vxor.* V. Ratio est ista: vt coniugibus esset studium liberos potius educandi *l. 1. ff. eod. tit.* quod studium educationis liberorum non parum si amor coniugalis & consequenter coniugale debitum, venalitia essent.

Etsi vero plures hæ sint prohibitionis istius rationes in legibus nostris fundatæ, principalis tamen huius interdicti, quam primario considerarunt legumlatores, est ea, quæ tertio loco relata fuit.

Quæ. 19. *An valeat inter coniuges donatio, ex qua vnus non fit locupletior, nec alter pauperior?* Quod nempe æquum non sit *deteriorem reddi ditiorem, meliorem vero pauperiorem* Hinc etiam quibus in casibus hæc ratio cessat, nec donans ex largitate & benignitate sua fit pauperior, aut donatarius ex liberalitate alterius non fit locupletior, cessat prohibitio nec inualida est donatio. Pro qua sententia textus est expressus *in l. 7. §. 1. & §. 7. Digest. hoc tit. de donat. int. vir. & vxor.* Ita Wesenbecius, Mozzius & Gomezius in locis ab Authore nostro allegatis.

Sed huic valde aduersari videtur textus *in l. 3. §. fin. Digest. de donat. int. vir. & vxor.* Nam ibi casus proponitur quo donatio non valet, nec tamen ex ea pauperior redditus erat maritus: Donaturus quippe erat aliquis marito; maritus rem sibi oblatam acceptare recusabat, iubebatque eandem vxori suæ darē, adeoque res nondum ad maritum peruenerat, neque ipsius patrimonii facta erat, & nihilominus tamen dicitur nullius esse momenti.

Verum Emanuel Soarez *in addit. ad Gomezium lit. L.* bene respondet ad istum textum in casu ibi proposito maritum nequaquam repudiasse donationem, sed recepisse, remque patrimonii ipsius esse effectam, sed ita vt breui manu ipse vxori per donantem rem eandem rursus donarit, cuius traditionis per breuem manum in iure nostro hinc inde fit mentio, præsertim vero *in eiusd. l. 55. praeced. l. 2. pr. Digest. de donat. l. 44. §. falsus Digest. de furt.* Quod autem res donata in proposito casu fingatur tradita marito & ab hoc rursus per donantem vxori, id verba textus satis superque euincunt; ait enim Vlpianus: *Si donaturum mihi iussero vxori meæ dare: Ait enim Iulianus nullius esse momenti: perinde enim habendum, atque si ego acceptam & rem meam factam, vxori meæ dedissem, qua sententia vera est.*

Non desunt, qui serio contendant, *Lit. C.* etsi donationes inter viuos non valeant inter virum & vxorem, donationes tamen mortis causa inter coniuges valere. Ita post Accursium *in l. 1. §. Celsus 9. in verb. legat. Digest. de dot. relegat.* statuunt Didacus Covarru. *rubr. de Testam. part. 3 num. 2.* Iulius Clarus *lib. 4. senten. §.* Quæ. 20. *An inter virum & vxorem valeat donatio mortis causa?*

donatio

donatio.q.9. Moz. *de person.int. quas ad don. num.31.*

Fundamentum huius sententiæ primum constituunt in eo quod donatio mortis causa propius accedat ad conuentiones & contractus, quam ad vltimas voluntates.

2. Quod rationes eædem prohibitionis locum habeant in donatione mortis causa, quæ in donatione inter viuos.

3. Adducunt textum *in l.53.ff. de donat.int.vir.& vxor.* Nam illic Pomponius hoc modo scribit: *Mortis sua causa genero vel nurui socerum donare frustra conuenit; quia, mortuo socero nuptia non soluuntur.* Vnde sic colligitur, si donatio mortis causa nurui à socero facta non valet, eo quod maritum habet in potestate, multo minus valebit donatio, si à marito ipso nurui sit facta.

Veruntamen hanc sententiam communis Interpp. schola explosit; Et certe tam eruditis viris digna minime videtur.

1. Primo enim textus sunt expressi quibus donationem mortis causa inter virum & vxorem valere statuitur. Nam *in l.vbi.27 Digest.de donat.mort.caus.* Marcianus ICtus, Si mortis, inquit, causa donetur, ita vt nullo casu reuocari possit donatio, magis donandi causam esse mortem, quam mortis causa donationem, & ideo perinde haberi debere, atque aliam quamlibet donationem inter viuos; Ex quo statim infert, *& ideo inter viros & vxores non valet.* Nempe quia censetur iure donationis inter viuos, cum si habenda esset pro donatione causa mortis, vtique valeret. Alioquin esset inepta & ridicula consecutio & illatio, si eiusmodi donatio valere non posset, nec si mortis causa facta proponeretur. Anton. Faber. *decad.46.error. pragmat. 1.*

2. Eodemque spectare videtur, quod Papinianus respondit *in l. 40. eod. tit.* Si mortis causa inter virum & vxorem donatio facta sit, morte secuta reduci eam ad id tempus, quo interposita fuisset: Non sane alia de causa, quam quod ea sit natura donationum inter virum & vxorem, etiamsi donatoris silentio ac morte fuerint confirmatæ: alioquin opus non fuisset tractare de donatione mortis causa; sed suffecisset dici, si inter virum & vxorem donatio facta sit.

3. His accedit textus *in l.si quedm l.* 56. *Digest.eod tit.* vbi Scæuola, *Si quod n. hi mortis causa donare quis vellet; ego pure vxori donare vellem, non valet quod vxori iubeo dari, quia illo conualescente condictione teneor, mortuo autem eo nihilominus pauperior sum, quia non habeo, quod habiturus essem.* Ideo hic pure factam donationem non valere à Scæuola proponitur, quo ostendatur aliud dicendum, si donatio non pure & absolute, sed mortis causa facta fuisset, quoniam eo casu cessat etiam ratio illa qua mouetur Scæuola vt neget valere donationem.

4. Sed quid multis? textus est in hanc rem apertus *in l. si eum vxori 9. §. vltim. Digest. de donat. int. vir. & vxor.* vbi disertis verbis Vlpianus scribit, Inter virum & vxorem mortis causa receptas esse. Eiusque rei ratio statim ex Caio subiicitur *in l. seq.* quia in id tempus excurrat donationis huius euentus quo vir & vxor esse desinunt: verba illarum duarum legum hæc sunt: *Inter virum & vxorem donationes mortis causa recepta sunt: quia in hoc tempus excurrit donationis euentus, quo vir & vxor esse desinunt:* Sensus scilicet: Non alia ratione prohibitas esse donationes inter virum & vxorem, quam quod sint coniuges, quos credibile esset ob mutuum illum amorem qui ex tam arcta coniunctione nascitur spoliaturos se bonis suis si inter eos huiusmodi donationes permitterentur, *l.1. l.2. l.3. Digest. de donat.int.vir. & vxor.*

Hanc

Hanc vero rationem cessare in donationibus causa mortis, quia conferuntur in id tempus, quo vir & vxor esse desinunt, in tempus scilicet mortis, quo matrimonium dissoluitur: Nihil igitur impedire quo minus etiam inter coniuges valeant mortis causa donationes, quamuis inter eos nunquam valeant simplices donationes inter vivos Anton. Fab. d. loco.

Ex hisce igitur fundamentis luculentissime patere arbitror, sententiam Covarruuiae plane lubricam, falsam & absurdam esse. Nec nititur vel probabilibus saltem rationibus.

Nam quod ad primam attinet, falsum est quod principii loco praesupponitur, donationem mortis causa propius accedere ad contractuum, quam ad vltimarum voluntatum naturam: contrarium quippe luculentissime *l. fin. C. de donat. mort. caus. & §. 1. I. de donat.* & suo loco infra hac de re prolixius dicemus.

Altera ratio refellitur manifestissime *ex d. l. 9. & 10 ff de donat. int. vir.* vnde nunc est ostensum aliam rationem esse quoad coniuges donationis mortis causa & donationis inter vivos, eamque rationem, quae facit donationes simplices, seu inter viuos, illicitas inter virũ & vxorẽ, penitus deficere in donatione mortis causa.

Postremum fundamentum itidem exigui est ponderis: Nam *in d. l. 53.* hoc tantum Papinianus scribit, socerum frustra mortis suae causa vel nurui vel genero donare, Ratione illa, quod mortuo socero nuptiae non soluuntur. Ex qua ratione recte Anton. Fab. colligit, dissimiles esse casus istius *l. 53.* & nostrum. Etenim inter ipsos coniuges mortis causa donatio permissa est, quia conferretur in id tempus dissoluendi matrimonii & quo vir & vxor esse desinunt: At in donatione quam vel mariti vel vxoris pater fecerint, ea ratio locum sibi non vindicat, si scilicet socer donauerit causa mortis suae, quoniam haec donatio cum perficiatur morte donatoris, perficitur eo tempore, quo nuptiae adhuc subsistunt, quippe quae non soceri, sed alterutrius tantum ex coniugibus morte dissolui possunt.

Et hanc opinionem amplectuntur post Wesenbecium, Sneidewin. & Mynsing. à Treutlero allegatos, Scipio Gentil. *in tractat. de donat. int. vir. & vxor. lib. 1. c. 36.* Anton. Fab. *error. pragm. decad. 46. err. 1.*

De Reciproca donatione vtrum inter coniuges valeat res itidem non per omnia videtur esse expedita. Quod enim statim ab initio talis donatio sit valida probare videtur *l. quod autem §. 2. ff. de donat. int. vir. & vxor.* vbi Vlpianus, Si vir, inquit, & vxor quina inuicem sibi donarint & maribus seruauerit, vxor consumpserit, recte placuit compensationem fieri donationum & hoc Diuus Hadrianus constituit. *Quaest. 21 An inter coniuges valeat donatio reciproca?*

2. Idem comprobare etiam videtur textus *in l. si quis pro vxore §. 1. ff. eod.* cuius verba haec sunt: *Plane si conuenerit, vbi se mulier pasceret suosque homines: idcirco passus est eam dote sua frui, vt se suosque aleret, expeditum erit: puto enim non posse ab ea peti, quasi donatum, quod compensatum est.*

Caeterum pro contraria opinione est textus *in l. cum hic status, §. Si ambo. ff. eod. tit.* vbi de commorientibus coniugibus scriptum est: *Sed cum neuter superuixerit donationes mutuae valebunt; Nam & circa mortis causa donationes mutuas id erat consequens dicere neutri datam conditionem: locupletes igitur heredes donationibus relinquens.* vnde liquet, quod ab initio, cum fierent donationes mutuae non valuerint, sed confirmentur demum morte coniugum.

Idem quoque videtur confirmare *l. si qui 26. ff. de donat. mort. caus.* vbi dicitur, *si qui inuicem sibi mortis causa donauerunt, pariter*

riter decesserunt, neutrius heres repetit, quia neuter alteri superuixit, idem iuris est si pariter maritus & vxor sibi donauerunt. Ecce & hic dicitur reciproca valere donatio, si defuncti fuerint coniuges; proinde ab initio non valet, sed morte demum confirmatur, atque sic eiusdem cum cæteris coniugum donationibus est conditionis.

Ad conciliationem horum textuum pro vtraque sententia productorum, missis aliorum conciliationibus, admittendam arbitror Scipionis Gentilis distinctionem, quam habet *lib. 2. c. 20. de donat. int. vir. & vxor.* Ait enim donationes reciprocas coniugum valere, si æquales sint, licet diuersis temporibus factæ, vt si quinque vtrinque accepta fuerint, prout proponitur *in d. l. quod autem. §. si vir.* idque ideo quia hoc casu neuter fiet pauperior nec locupletior, cum tantundem accipiat, quantum dedit, quamuis in tempore commodum aliquod & interessurium versetur: id enim in considerationem non venit *l. 11. ff. de donat.* Quod si vero donationes inæquales sunt, tunc eas non valere dicit, quoniam hactenus, quatenus inæquales sunt, non possunt dici reciprocæ siue mutuæ.

Quæ. 22. *An valeat donatio inter coniuges reciproca vt prædefunctis bona ad superstitem pertineant?*

Sed nunquid valeat etiam talis donatio reciproca siue mutua inter coniuges vt prius sine liberis defuncti bona ad superstitem pertineant, admodum nobilis & intricata est quæstio?

Pro Affirmatiua sententia militant Andr. Fachin. *lib. 2. obseruat. practic. 126. & seq.* Vdalricus Zasius *consil. 1. n. 1. & seq. volum. 2.* Boer. *decis. 355. n. 2. & 3.* Iason. ad *l. si pater puella n. 3. C. de inoffic. testam.*

Sed contrariam sententiam propugnant plerique Neotericorum & ex illis inprimis Scipio Gentil. *lib. 2. c. 20. de donat. int. vir. & vxor.* Et hæc postrema sententia speciosis admodum rationibus niti videtur.

1. Primo enim pactio de mutua & reciproca successione, ita vt superstes alterius sine liberis prædefuncti heres esse debeat, generaliter atque indistincte prohibita est. Nam *in l. 19. Cod. de pact.* hæc in verba rescribunt Imperatores: *Licet inter priuatos huiusmodi scriptum, quo comprehenditur, vt is qui superuixerit, alterius rebus potiatur, ne donationis quidem mortis causa gesta efficaciter speciem ostendat: Tamen cum voluntas militum, quæ super vltimo vitæ spiritu, deque familiaris rei decreto quoquo modo contemplatione mortis in scripturam deducitur vim postremi iudicij obtineat, proponasque te & fratrem tuum ad discrimen prælij per gentes ob communem mortis fortunam inuicem esse pactos, vt ad eum, qui superstes fuisset, res eius, cui casus finem vitæ attulissent, pertinerent: existente conditione intelligitur ex fratris tui iudicio (quod principalium constitutionum prompto fauore firmatur) etiam rerum eius compendium ad te delatum esse.*

Ecce hic regula proponitur generalis, quod pactum de mutua siue reciproca donatione non valeat: Atqui ab hac regula nuspiam in iure nostro reperitur pactio huiusmodi coniugum esse excepta: sub ista proinde regula continetur. Deinde regulæ subiicitur exceptio in pactione super reciproca successione militum; quæ exceptio confirmat regulam in casibus non exceptis.

2. Eandem sententiam corroborat & ista ratio, quod talis pactio de successione mutua præbeat occasionem captandi mortem alterius, *l. fin. C. de pact.* vterque enim omnem mouebit lapidem, quo alterum, quo cum pactus est, è medio tollat, sicque ad successionem eius perueniat: Improba captatoria & abominanda, præsertim inter coniuges est huiusmodi pactio.

Cæterum contraria opinio non minus speciosis, si non probabilioribus & firmioribus, nititur rationibus.

1. Primo enim comprobata & recepta est hæc inter coniuges pactio reciproca totius Germaniæ consuetudine, obseruantia insuper, de qua Gailius & Mynsing. testantur, confirmata, vt de illa nudo modo, si vsum & praxin spectes, dubitari queat. Atqui consuetudo non modo est optima legũ interpres, sed etiã per se ius est ac vim legis obtinet *l. 32. ff. de ll.* §. *pen. I. de I. N. G. & C.* 2. Quin et recepta est hæc sententia in Cam. Imp. teste Myn. loco supra allegato. Cameta vero Imperialis præiudicium facit aliis inferioribus dicasteriis & iudiciis.

Neq; huic sententiæ magnopere refragantur fundamenta superius in contrarium allata: Non certe prius. 1. Quia *d. l. Licet 19. C. de pact.* non agit de pactione super successione ex causa donationis inter viuos, de quo nobis hoc loco vnice sermo est, sed agitur illic de simplici promissione de successione reciproca: Deinde obseruandum est, quod *in d. l. 19.* expresse ac nominatim negatur valere pactionem reciprocæ successionis ne quidem vt donatio mortis causa: quibus verbis tacite significatur, valere pactionem vt donatio inter viuos. Denique posito contrariari *d. l. 19. C. de pact.* Nostræ sententiæ, tamen obseruandum sit, quod hodie ex notoria Romani Imperii consuetudine, quod coniuges aut exceptionem aut emendationem acceperit: Nec enim solum ius posterius scriptum, sed etiam consuetudo posterior, seu ius posterius nõ scriptũ vim habet abrogandi & corrigendi iura priora *32. ff. de LL.* §. *pen. I. de iur. Nat. Gent. & ciuil.*

Altera ratio non maioris est precii: primo enim falsum est omnia illa, quæ qualemcunque occasionem captandi mortem alterius præbent esse illicita iureque prohibita: pupillaris siquidem substitutio etsi & ipsa præbeat occasionem substituto insidiandi vitæ impuberis, quo possit, defuncto ante pubertatem impubere, ad hæreditatem eius peruenire, subsistit tamen ac valeat, *§. fin autem 3. I. de pupill. substit.* Quare etsi donatio hæc reciproca, de qua in præsentiarum differimus, possit fortassis alterutri coniugi præbere ansam & occasionem vitæ alterius insidiandi, non tamen ex sola hac ratione propterea improbabitur. Deinde cessare rationem *d. l. fin.* in præsenti donatione, exinde liquet; quod cum donatio sit reciproca & mutua & ideo suspicio æque in vnum atque in alterum cadere possit, ac prætetea inter coniuges qui vnum corpus sunt vna caro, & ita arctissimo necessitudinis vinculo coniuncti & copulati, feruentissimo insuper minimeque fucato amore sese inuicem prosequantur, tam sinistra suspicio captandæ videlicet mortis alterius insidiandiq; vitæ illius minime locum habere possit: cessante proinde ratione prohibitionis præcipua *d. l. fin.* cessabit quoque in donatione reciproca coniugum ipsa prohibitio.

Et hæc de reciproca donatione.

De Remuneratoria donatione quæ à donatione reciproca diuersissima est & longe latius illa patet, vtrumne valeat inter coniuges quæstio itidem controuersa est? Et quidem meo iudicio optima est distinctio Scipionis Gentilis qua circa hanc quæstionem vtitur, quod nempe attendendum sit vtrumne merita, ob quæ donatio sit, talia fuerint, propter quæ actio aliqua vel aliquod ius quæsitum vel natum sit ei, qui ea merita & officia in alterum contulit, an nulla actio nullumque ius de iis quæsitum sit: vt priori casu donatio ob talia merita facta non tam sit donatio, quam permutatio vel solutio, vel compensatio quædam & merces existimanda, veluti si quis præceptori pecuniam vel habitationem donet *l. Aquilius. ff. de donat.* Quod si vero talia merita & officia non fuerint, sed alius generis, tum si quid pro iis donatur vere & proprie donatio dicetur, quandoquidem id demum dona- *Quæ. 23. An remuneratoria donatio valeat inter coniuges*

ri dicitur, quod nullo cogente iure conceditur *l. donari ff. de Reg. Iur.* Quandoquidem illa naturalis obligatio simplex ac nuda, qua dicimur obligari ad remunerandum & antidora in iure nostro reuera pro nulla obligatione, seu pro non efficaci habetur, vt alibi ostendimus.

Quapropter priori casu valet donatio, quia, vt dictum est, speciem solutionis & compensationis magis quam donationis habet, atq; ita exinde neuter coniugum pauperior aut locupletior effectus esse censetur: Posteriori vero casu donatio remuneratoria, quia vera est donatio atq; talis vt exinde vnus locupletior, alter pauperior fiat, iure prohibita cẽsetur.

Huc, inquit Treutlerus noster, pertinet obseruatio iuris Saxonici de gerada, quæ hæc est, quod inter viuos à muliere in præiudiciũ filiarũ vel proxime agnatæ alienari potest, per voluntatẽ vero vltimã de gerada disponi nequit: De hac obseruatione extat constitutio Electoris Saxon. August. *in part. 2. const. 14.* cuius hæc sunt verba: Durch Testament oder andern letzten willen kan die Gerade der Stifftel zu nachtheil nicht verendert werden/Aber durch die vbergabe vnter den lebendigen & inter viuos (so nit durch die Fraw jhrem Eheman geschicht) kan die Gerade der Stifftel entzogen werden/ also vnnd der Gestalt/ daß die Fraw durch jhren kriegischen Vormunden/ vor Gericht in jhrem beysein / dem donatario ein Verzeichnuß mit vberantwortunge der Schlüssel soll vbergeben lassen / welches hernach dem Gerichtbuch einzuverleiben / vnnd ob gleich die donirte Stück nicht gegenwertig seyn würden/dennoch aber/weil solche Vbergabe Gerichtlich vnd in loco iudicii, iudice sedente pro tribunali geschehen/ soll die kräfftig erkant vnd gehalten werden. Da auch von Gerichts wegen etliche Personen erbeten vnnd abgeschickt/ vor welchen solche dotatio geschehen / so soll sie gleiche Würckung haben / vnnd darvor geachtet seyn/ als ob sie Gerichtlich fürgenommen. So aber eine jre Gerade ausserhalb Gerichts donatione inter viuos vergeben wolte / vnd die Stücke vber 500. Vngerische gülden nicht theten außtragen/ so könne es in beyseyn zweyer oder dreyer Zeugẽ/oder aber auch vor Notarien vnd Zeugen geschehen/iedoch so müssen die Schlüssel alsdann in gegenwart der Kasten vnd Truhen/darinnen solche Stück verwahrt / dem donatario, auch darnebẽ die donirten stücke zugestelt vñ vbergeben werdẽ. Vñ in allen diesen Fällen mag die donatrix jr den vsum vñ Gebrauch auff jr lebẽ fürbehalten/welches also geschehẽ kan/ds nach der tradition der donatarius jr die donirten stück od die schlüssel darzu wider zustelle.

Quænam autem sit ratio quod gerada inter viuos donatio valet, nõ autem per vltimã voluntatẽ dispositio, nõ videtur per omnia cõstare, & de ea sibi exacte nõ liquere ingenue fatetur Daniel Moll. *lib. 1. sem. c. 11.* Refert tamẽ Modest. Pist. *q. 14.* hãc ratio nẽ adducere, quod gerada deferatur nõ iure hereditario sed potius familiæ ratione: defertur siquidẽ proximæ cognatæ nõ vt heredi, sed vt cognatæ, sæpeq; euenire vt alius sit heres, alia persona in gerada succedat. Igitur quemadmodũ pater de feudo ex pacto & prouidẽtia nõ potest testari in præiudicium filii aut agnati: Ita quoq; mulierẽ nõ posse proximis agnatis per testamentum auferre id, quod eis familiæ ratione vt cognatis, magis beneficio legis & ex illius prouisione quam neficio defunctæ mulieris debetur. Quæ. 24. *Quænam sit ratio quod gerada inter viuos, non etiam per vltimam voluntatem alienari potest?*

Veruntamen ratio hæc Modestini vix sustineri potest, quoniã eadẽ ratione dicendum foret, nec inter viuos posse geradã à muliere in filiarum vel agnatarum proximarũ præiudiciũ alienari, quod tamẽ iure Electorali cõstitutioni repugnat.

Et sane lubricam illam esse, nec argumento à feudo ex pacto & prouidentia deducto defendi aut sustineri posse ipse Mollerus fatetur & hisce rationib; pbat.

1. Quia in eo à feudo ista gerada differt, quod hanc geradam vt plurimum industria propria & labore sibi mulieres acquirant, quodque in mobilibus consistat & vsu denique assiduo consumantur & atterantur. Quæ de feudo asseri non possunt.

2. Quia feudum nec per vltimam voluntatem nec inter viuos alienari potest.*tot.tit.52.& 55.lib.2.Feud.*

3. Quia feuda regulariter ad fœminas non pertinent, vt quæ familiarum conseruandarum causa vt plurimum constituantur,*tit.1.lib.1.Feud.* Gerada vero ad solas pertinent fæminas nec spectat ad familiæ conseruationem cum mulieres & earum cognatæ propriefamiliæ appellatione non veniant.

4. Quia feudi nomine & fidelitas & seruitia debentur, quorum neutrum in gerada obtinet.

Etsi vero hisce rationibus Modestini ratio Mollero non satisfaciat, quia tamen alia melior non occurrat, in ea sibi acquiescendum putat; Maxime cum non omnium, quæ à maioribus sunt constituta, ratio exacta reddi queat.

Ipse tamen Mollerus *in comm. ad d. constit.14.* hanc rationem indigitat quod viuente adhuc muliere filiabus vel agnatis in gerada nihil sit iuris quæsitum, vt ita inter viuos quæuis mulier de sua gerada disponere non prohibeatur, cum tali dispositione de re sua & propria facta nemini ius suum auferat, etsi in euentum præiudicet: per vltimam vero voluntatem non possit contraria ratione dispon ere, quia ius morte quæsitum agnatæ auferret, contra *l. Id quod nostrum ff. de R.Iur.* Et hanc sententiam etiam Matth. Wesenbec. *in paratitl. probari video.*

Cæterum etsi vxor donatione vel alio quocunque modo inter viuos geradam suam alienare queat in maritum tamen suum eam nec inter viuos transferre valet, qua de re est *constitutio Electoralis 13.part.2.* cuius verba ita sonant: **Hierinne seynd vnsere Verordnete auch einig/ ob wol ein Weib jhre Gerade** donatione inter viuos **verändern vnd vbergeben kan/ so sey sie doch nicht befugt/ jhrem Ehemanne dieselbige obgesatzter massen zuzuwenden. Diese** donation **ist auch so ferne vnd weit vnkräfftig/daß sie durch folgendes absterben der Frawen nicht bekräfftiget wird.**

Wann aber die Donation antidoralis **oder** remuneratoria **ist/ daß sie** ipso iure **vnter den Eheleuten alsbald vom Anfang zulässlich/ So kan auch dieselbige dißfalls zu Recht vor beständig gesprochen werden/ darauff auch vnsere Gerichte zuerkennen haben.**

Quod ipsum iuri etiam communi per omnia conuenit: donationes quippe inter viuos hoc iure sint prohibitæ *l.1.& seq. ff. de donat. int. vir. & vxor.* quanquam hoc speciale & à iure communi diuersum habet isthæc geradæ donatio, quod, etsi aliæ donationes inter virum & vxorem morte donantis confirmentur, *l.25.C.de donat.int.vir.& vxor.* Geradæ tamen donatio marito facta, nec morte mulieris confirmetur *d. constit.13.* cuius rationem hanc adducit Mollerus, quod per donationem causa mortis aut aliam quamcunque vltimam voluntatem gerada alienari omnino non potest, non tantum in maritum, sed nec in alium quemcunque *d. constit.14 p.2.* Atqui hæc confirmatio quæ morte vxoris fieret induceret vltimam voluntatem.

De eo porro inter Dd. controuertitur, si maritus ignobilis vel senex nobilem vel puellam ducat, possitne in compensationem nobilitatis vel iuuentutis vxori aliquid donare, ita vt donatio ista valida sit atque sub si stat? *Quæst. 25. An valeat donatio iuuenculæ nobili marito ignobili vel seni factæ.*

Affirm. tuentur haud ignobiles ICti & ex iis Scipio Gentil. *de donat. int vir. & vxor. lib.2.c.2.* Alberic. Gentil. *lib.4. disput.* de

de nupt.c.13. Iul. Clarus *lib.4.§.donatio.q.4.* Iason. *in l. si diuortio. ff. de verb. oblig.* Tiraquel. *de Nobilitat.c.* 18. *n.*19. Gomez. *tom. 2.c.4.n.23.*

Et hanc sententiam commendare videtur hæc Iuris ratio.

1. Quod donatio quæ naturam compensationis magis quam remunerationis sapit, inter coniuges licita sit & concessa: quoniam compensatio vltro citroque debitorum, itemque debitorum solutio inter virum & vxorē nequaquam sit illicita aut pure prohibita. Iam vero negari non potest, si senex virgini aut vxori formosæ quid donet, vel contra iuuenis vetulæ aut ignobilis nobili, quin hæc donatio sit quædam formositatis, nobilitatis vel iuuentutis compensatio. Et sane pulchritudinem esse instar dotis pecuniariæ haut dissimulat Afranius quando ait: Formosa virgo est, dotis dimidium vocant isti, qui dotes negligunt isti. Et Apul. *apol.2.* Virgo inquit formosa, etsi sit oppido pauper, tamen abunde, dotata est. Quin & Ouidius Metam 11. dotatissimam formam ait.

Et hanc sententiam quod maritus ignobilis aut senex ducens puellam vel nobilem in vxorem possit in compensationem suæ ignobilitatis vel senectutis aliquid donare, licet fortassis in puncto iuris non transiret sine magna difficultate, tenendam tamen esse propter authoritatem Dd. & communem obseruantiam, & maxime idcirco quia sit fauorabilis mulieribus, quibus in dubio semper fauendum sit in rebus honestis, ait Iul. *d. q.9.n.5.*

Veruntamen plerique Interpp. in eam inclinant sententiam, quod talis donatio valeat, si in ipso actu dotis constituendæ fuerit facta; Ita vt sit loco augmenti dotis; secus vero si donatio postea sit facta, Iulius Clarus & Scipio Gentil. dd. locis. Tum quia si indistincte & post dotis etiā cōstitutionē talis donatio fieri posset, tum puellæ & iuuenes, quæ maritos habent senes facile ab illis huiusmodi donationes extorquerent ad earum libitum, cum soleant viri, qui sunt ad Venerem minus validi nihil non concedere vxoribus suis, vt quod vna ex parte deficit, ex altera suppleatur. Tum etiam quia ratio quæ illicitas reddit donationes inter virum & vxorem relata *in l.1.l.2.l.3.ff de donat.int.vir.* eq; in hac donatione atq; in cæteris locum habet: Nec vllibi excepta est donatio inter impares coniuges celebrata. Tum quia donatio remuneratoria quæ non spectat ad huiusmodi meritum & officium remunerandum, ad quod extorquendum actio competere potuisset, non subsistit vt supra in enucleatione præcedentis quæstionis clare ostensum fuit: Vnde quidnam ad contrariam rationem respondendum sit, patet.

Cæterum morte donantis confirmari donationem à coniuge coniugi factam supra satis superque ostensum & probatum fuit. Et ratio huius ista à Gomezio traditur quod illo tempore iam cessat illud impedimentum, quod antea locum habebat. *Lit. D. & E.*

Sed vtrum ad hoc, vt per mortem donantis confirmetur donatio, necessaria sit rei donatæ traditio, non videtur expeditum esse. Etenim Iulius Clarus *d.q.9.n.6.* Anton. Gomez *d.c.4. n. 23.* Nicolaus Mozzius *de donat.c.inter quas person.n. 29.* non aliter morte huiusmodi donationes coniugum confirmari volunt, quam si res donata tradita sit coniugi: etsi fictam traditionem sufficere putent, veluti cum rem donatam se recepisse donatarius confiteatur. Et pro hac sententia producunt *l. Papinianus ff. de donat.int.vir.& vxor.* quo in loco ita Vlpianus: Papinianus recte putabat orationem Diui Seueri ad rerum donationē pertinere. Denique si stipulanti spopondisset vxori suæ, non putabat con-

Quæ. 16. An sic demū confirmetur donatio morte donantis coniugis, si traditio rei donatæ sit facta?

ueniri posse heredem mariti, licet durante voluntate maritus decesserit.

Cæterum rectissime Iohannes Corasius 5. *Misc. ell.* 1. statuit ad confirmationem coniugalis donationis, quæ per mortem fit, nequaquã desiderari rei donatæ traditionẽ. 1. Quia iura & leges expresse dicunt donationes inter virum & vxorem valere, si vsq; ad mortẽ durauerit volũtas *l. cum hic status in §. 1. & §. si sponsus ff. de donat. int. vir. & vxor. l. donationes 25. C. eod. tit.* hac igitur conditione existente morteq; donãtis secuta donatio valebit: Nec vspiam additur conditio ista faciẽdæ traditionis: At verisimile non est, si necessaria & ipsa foret ad donationis confirmationẽ, ICtum Vlpianum Iustinianumq; Imperatorem tantam solennitatem ad coniugalis donationis effectum & confirmationem vbique esse præteritam.

2. Accedit ad huius sententiæ confirmationem textus *in l. quod de suo. C. de dot. caut. nõ numerat.* Nã ibi nihil aliud requiritur quã vt maritus donationẽ confectã vxori non reuocarit. Verba textus hæc sunt: *Quod de suo maritus cõstãte matrimonio donandi animo in dotẽ adscripsit, si eandem donationẽ legitime cõfectam, nõ reuocauit, qui incrementum dati dedit, & durãte matrimonio mortẽ obiit, ab heredib mariti, quatenus liberalitas interposita minuta est peti potest.*

3. Idemq; non parum corroborat textus *in l. cũ hic status in fine pr. ff. de donat. int. vir. & vxor.* dũ illic tradit Vlpianus donationẽ inter virum & vxorem confirmari mente silentioq; donatoris, *quasi sit testamento confirmatum quod donatum est.* Iam vero palam est quod ad confirmationem legatorum in testamento relictorum & totius testamenti solum testatoris obitum desiderari *c. cum Martha c. cæterum de celebrat. miss.*

Nec huic sententiæ contrariatur *d. l. Papinianus*, respondet enim Corasius Vlpianum illic hoc solum intendere, quod morte donantis confirmentur donationes non vero nudę promissiones, quantumuis stipulationes factæ de donãdo; eo quod Diui Seueri oratio confirmet donationes quæ de præsenti fiunt, licet nõ tradatur res donata, non etiã promissiones quæ in futurum concipiuntur.

RESOLVTIO THESIS V.

Hactenus ostensum fuit, inter quasnam personas donatio consistat vel non consistat: Dicendũ nũc est de rebus quæ donari possunt vel non. Qua in re hæc tenenda est regula: Omnes res tã corporales quã incorporales posse donari, nisi specialiter fuerint donari prohibitæ: Quę regula fũdatur in alleg. *l. 9 pr. l. 17. & l. 27. ff. de donat.* Hinc anne fructuarius vsũmfructũ suũ sine consensu proprietarii donari gratisq, alteri cõcedere queat? Pro Affirmatiua sentẽtia facit textus *in §. t. l. de vsu & habitat* vbi Iustinianus expresse scribit; vsufructuariũ posse vsumfructum alii vendere, locare, gratis concedere, eoque differre ait vsufructuarium ab eo, qui nudum habet vsum. Quæ. 27. *An vsufructuarius possit vsumfructum suum alij donare?*

Neq; huic obstat quicquam quod dicitur *in l. 6 C. de vsufr.* Nã si recte textus inspicitur manifeste deprehẽditur, sermonem ibidẽ esse non de vsufructu nõ oppignerando, sed de non oppigneranda proprietate: Quanquam enim paulo supra dictum sit, vsufructuariũ posse rem fructuariam oppignerare; Hoc tamen respectu iuris solum in re vsufructuaria constitu ti intelligendum est.

Sic e iam non obstat *l. 11. §. fin. ff. de pignor.* vbi negatur, seruitutes prædiales pignori dati posse: Diuersa quippe ratio est vsusfructus & seruitutũ prædialium: Nã vsusfructus etsi in iure consistat, non in corpore. *princ. Instit. de vsufruct.* Omne tamen commodũ omneque emolumẽtũ rei fructuariæ cõtinet, *l. 66. §. fundo. & l. 76. §. dominus, de legat.* 2. Ideoq; omnem vtilitatẽ quæcunq; ex re fructuaria colligi potest, fructuario afferre debet: Atqui fructus

fructus rei est, vel pignori dari posse, vt supra dictũ fuit, ex *l. vltim. ff. de vsur. & l. fructus. ff. de Reg. Iur.* Sequitur proinde pignori dari posse vsumfructũ, vt cuius pleno iure dominus est vsufructuarius. Et cũ vsusfructus pignori datus, tandiu duret, quandiu vsufructuarius viuit, eoque mortuo pignus extinguitur, arg. *l. necessario §. fin. ff. de peric. & cõmod. rei vendit.* Idcirco non potest dominus proprietatis de vlla iniuria iure cõqueri, cũ vsusfructus semper æstimetur ex persona vsufructuarii, vt eo moriẽte, aut capite minuto, finiatur, quod in seruitutibus prædiorũ diuersum est, quæ non ex persona eius, cuius prædio cõstituuntur, æstimari solent, nec eius morte finiũtur, sed prædiis cohærẽt; Et ideo sine iniuria & præiudicio domini prædii seruiẽtis oppignerari nequeũt: Cui accedit & ista ratio, quod cũ seruitutes prædiales prædiis inseparabiliter inhæreant, non possint sine prædio dominante in alium transferri; vsusfructus autẽ non ita prædio cohæret, vt qui nõ prædio, sed personæ cõstituatur.

Non refragatur etiã superiori assertioni, quod iura personalia, personæ cohærẽtia, nõ possint cedi, *l. ex pluribus. 43. ff. de administr. tutor. l. nõ solum. 97. §. puellæ. ff. de ritu nupt.* nec personas eorũ, quibus constituuntur, egrediantur, §. *sed & quod principi placuit, Inst. de I. N. G. & C.* Vsusfructus autem sit ius personale, *l. 1. ff. de seruit.* & ideo alii cedi & in alium transferri nequeat, hoc, inquam, non obstat: Nam primo ad propositionem huius argumenti respondendũ est; Iura personalia in legibus nostris duplici modo dici: Primũ ea, quæ ita personis cohærent, vt illis viuentibus ad alios trãsferri nõpossint, In quo significatu priuilegia personalia appellantur, *in d. §. sed & quod principi placuit*, deinde iura personalia appellari illa, quę sic cohęrẽt personæ, vt cũ illis extinguantur ac finiantur; viuentibus tamen illis, quibus sunt constituta, ad alios trãsferri & extendi queant: In quo significatione pacta dicuntur personalia *in l. 7. §. 5. & l. 25. §. 1. ff. de pact.* Atq; ita quoq; vsusfructus ius personale appellatur.

Deinde ad minorem propositionem propositi argumenti respondendũ est: Etsi vsusfructus vẽdatur, locetur, pignori detur vel gratis cõcedatur, nõ penitus tamẽ vsumfructũ à persona vsufructuarii ad emptorem, eumque cui ceditur, transferri, sed adhuc ab vsufructuario teneri & retineri, ex eiusdemq; persona æstimari: Ita quippe Marcianus & Gaius ICti hac de re scripserunt, *in l. 38. 39. & 40. ff. de vsufr. Non vtitur vsufructuarius, si nec ipse vtatur, nec nomine eius alius, puta qui emit, vel qui conduxit, vel cui donatus est, vel qui negociũ eius gerit. Plane illud interest, quod si vendidero vsumfructum, etiamsi emptor non vtatur, videor vsumfructum retinere: quia qui precio fruitur, non minus habere intelligitur, quã qui principali re vtitur fruitur. Quod si donauero, non alias retineo, nisi ille vtatur.* Hinc itaq; patescit, quod venditione, donatione, locatione, pignoris datione reuera & in effectu vsusfructus ad aliũ nõ transferatur, sed retineatur ab vsufructuario, cui prius cõstitutus erat.

Non refragatur insuper *l. 9. C. de vsufr.* In qua Imperatores Diocletianus & Maximinianus in hæc verba rescribẽtes: *vsufructu matri tuæ prædiorũ & mancipiorũ relicto tã alienatio, quã manumissio interdicta est* significare videtur, quod vsusfructus ab vsufructuario alienari nequeat.

Etenim non est hæc sententia prædictorũ Imperatorũ quod vsufructuarius vsumfructum & ius, sibi in re fructuaria constitutũ, alienare, nõ possit; verum de proprietate rei fructuariæ illis est sermo & hãc alienari ab vsufructuario prohibẽt. Et sane diuersissima ratio est, quoad præsens negociũ proprietatis & vsusfructus: Nam proprietatis dominus nõ est vsufructuarius, sed ea penes proprietarium manet; quare sine præiudicio & iniuria

iniuria proprietarii non poteſt alienari ab vſufructuario: At vſusfructus dominus eſt vſufructuarius, & ideo ſine vllius iniuria ab vſufructuario alienari poteſt.

Et quanquam ex *l.12. §. vſufructuarius, ff. de vſufr.* dicendum videatur, quod vſufructuarius rem etiam fructuariam alienare poſſit; obſeruandum tamen eſt, quod non aliter ipſi permittatur rem fructuariam, quam ERVENDAM alii vendere, locare, gratis concedere & pignori dare; adeoque permittatur ipſi in effectu, ius duntaxat ſuum, quod in re fructuaria habet, alienare.

Non denique refragatur §. *finitur. I. de vſufr.* vbi Iuſtinianus ait, vſufructuarium vſumfructum ſuum extraneo cedendo nihil agere, cui aſſentitur ICtus Pomponius, *in l.16. ff. de iure dot.* in hæc verba ſcribens: *Quoniam diximus vſumfructum à fructuario cedi non poſſe, niſi domino proprietatis, & ſi extraneo cedatur, id eſt ei, qui proprietatem non habet, nihil ad eum tranſire, ſed ad dominum proprietatis reuerſurum*: Ex quo colligi videtur, quod vſusfructus à fructuario gratis concedi & in alium alienari non poſſit.

Sed, vt dixi, hoc ſuperiori aſſertioni, longe veriſſimæ, non aduerſatur: Nam recte Iohan Del Caſtillo *in tract. de vſufr. c.69.* reſpondet, vſufructuarium quidem vſumfructum vendere, locare, donare, gratis concedere poſſe, ſed tamen cedere non poſſe vſumfructum, hoc eſt, ſolenniter in iure cedere, quia ceſſiones in iure factæ, olim hunc habeant effectum, vt cedens iure ſuo penitus ſe abdicaret, illudque plene in ceſſionarium transferret; cuiusmodi ceſſionem vſusfructus natura non admittit, cum, vt ſupra dictum eſt, ſit ius perſonale, quod penitus à perſona in aliam perſonam transferri non poteſt.

Et de tali ceſſione loqu. Iuſtinianum & ICtum Pomponium exinde pateſcit, quod *in l.38. & l.40. ff. de vſufr.* permittitur expreſſe vſufructuario ius ſuum alii gratis concedere, vendere, locare, ſic tamen, vt is, cui vſusfructus donatus eſt, venditus & locatus, nomine vſufructuarii vtatur fruatur, & vſufructuarius ius vtendi fruendi per donatarium, conductorem & emptorem retineat.

Hæc ſolutio conciliat textus in iure, ad ſpeciem diſcordantes, nempe §. *finitur, Inſt. de vſufr. & §.1. Inſt. de vſu & habit.* Nam *in d. §. finitur*, negans Iuſtinianus vſumfructum extraneo gratis concedi poſſe, intelligendus eſt de ceſſione ſolenni in iure facta, qua cedens omni iure ſe abdicat: In §. vero 1. *Inſt. de vſu & habitat.* cum afferit vſumfructum ab vſufructuario gratis concedi poſſe extraneo, intelligi debet de huiusmodi locatione & donatione, qua vſufructuarius iure ſuo non priuetur, ſed vſumfructum per donatarium retineat, atque per eum vtatur fruatur.

Solent quidem hi textus ab aliis aliter conciliari, quod nempe *d. §. finitur.* de ipſo iure vſusfructus loquatur, ſed §. *1. de vſu & habitat.* loquatur de commoditate percipiendi, quæ non in iure, ſed facto nudo conſiſtat: Veruntamen hæc conciliatio ex ipſo textu facile repellitur: Quod enim Iuſtinianus *in d. §.1.* ſermonem inſtituat de ipſo iure vſusfructus, pluſquam manifeſtum eſt.

Non etiam obſtat noſtræ opinioni, quod ſi vſumfructum alienare liceret, non leuis iniuria inferretur domino proprietatis, quia ſi fructuarium ante emptorem aut donatarium decedere contingeret, vſusfructus morte vſufructuarii non finiretur, nec ad proprietatem reuerteretur. Sed ad hoc reſpondetur, vt ſupra reſponſum, ita donatione, venditione & locatione vſusfructus eum transferri, vt vi ipſa & in effectu penes vſufructuarium maneat.

Ex

Lit. B.

Ex his proinde relucere puto, nec vsumfructum per omnia prohiberi donari; adeoque integram relinqui superiorem definitionem, quod res tam corporales quam incorporales donari possint, quæ tamen ad res donantis proprias restringi debet. *l. 9. in fine. ff. de donat. l. 14. C. eod. l. 20. ff. de acquir. dom. l. 54. de R. Iur.* Nec enim conuenit de alieno liberalitatem exercere. Quod tamen rursus non ita accipiendum, quasi donatio rei alienæ, prorsus inutilis sit & vitiosa atque pro nulla reputanda: Alioquin non iustum præberet possessionis & vsucapionis titulum, quod eius sese habere probant tituli *Dig. & Cod. de vsucap. pro donat.* sed hactenus solum in re aliena donatio fieri non potest, vt eam non habeat efficaciam, nec illum sortiatur effectum, quem donatio rei propriæ.

Quæ. 28. *An rem alienam donans de euictione cauere debeat donatario?*

Cæterum si res donata à vero eius domino euicta fuerit, quæritur anne euictionis nomine donator teneatur, & instar venditoris conueniri queat? quæstio sane per quam controuersa: Etenim Accursius & Azo, quos sequitur Sichardus *in l. 2. Cod. de euict.* hoc modo circa propositam quæstionem distinguunt: vel ipsa donatio incipit à promissione, à conuentione & pacto, cum nempe donator dicit se donare, suamque voluntatem donare volentis declarat, Aut vero capit initium à traditione, ita vt non solum donare se testetur suamque voluntatem de donando declaret, sed simul etiam rem tradat: priori casu volunt donatario aduersus donantem de euictione competere regressum, vt is donatario æstimationem rei euictæ præstet: posteriori vero casu aiunt actioni de euict. one locum non esse.

Rationem vero huius distinctionis istam adducunt, quod qui promittit aliq id dare, is pariter promittat se velle transferre dominium in accipientem, id est, rem sic velle facere accipientis, vt nullo pacto ipsi euinci possit: At qui sic dat, vt ei rursus euincatur, non videatur dedisse & sic non videatur paruisse promissioni, quandoquidem non intelligitur factum, quod non durat factum, & quod vitiose fit, id intelligitur penitus non fieri. *l. quoties. D. gest. qui sa tisd. cogunt.* Addit Caballinus *in tract. de euict.* § 4. etiam hanc rationem, quod qui tradit, magis detrahit quam contrahit *§. 1. Inst. quib. mod. re contr. oblig.* qui vero promittit, contrahit & sic obligatur vt donatario habere liceat.

Et quod porro donator de euictione rei donatæ teneatur, comprobare etiam videtur *l. Aristo §. vlt. Digest. de donat.* vbi traditur, quod si ignoranti res aliena fuerit donata, eo nomine conueniri possit donator.

Eandemque sententiam corroborat, quod donatio cum emptione venditione in iure confertur, ita vt quemadmodum venditor obligatur ad trahendum ex nuda conuentione, ita etiam donator ex nuda conuentione obligetur ad rem donatam donatario præstandam, & consequenter sicut venditor rem venditam emptori cum effectu non tradens nec eam emptoris faciens, euictionis nomine obligatur; ita quoque donator donatario. *§ alia 1. de donat.*

Non exiguum fundamentum isthæc opinio habere etiam videtur *in l. qui decem. §. qui hominem. Digest. de solut. l. vbi autem non apparet. §. fin. Digest. de verbor. obligat.* quibus dicitur non aliter liberari eum, qui dare promisit, quam si dominium transtulerit.

Igitur cum & donator promittet dare, *d. §. alia 1. de donat.* sequitur quod aliter non liberetur quam si dominium in donatarium transtulerit: Et idcirco si hoc non fecerit, sed res donata à domino fuerit euicta, de euictione præstan-

da deq; precio siue æstimatione rei obligetur donatario.

Veruntamen rationibus his non obstantibus placet contraria opinio, quod videlicet donator ad euictionem præstandam obligetur donatario, siue donatio nuda conuentione, siue traditione fuerit facta. Confirmatur hæc opinio sequentibus fundamentis.

1. Quia qui donat, censetur ius duntaxat illud transferre voluisse, quod in re ista habuit, *l. si domus, §. fin. l. si à substituto. §. heres seruum. ff. de legat.* 1. ne alioquin pœnam liberalitatis suæ patiatur, si vltra ius donatum aliquid ab eo exigatur *l. ad res donatas. de edilit. edict. leg. liberalitate ff. de re iudicata.* Cum igitur donator non sit ex donatione obligatus, sequitur etiam, quod de euictione possit conueniri, si euictio contigerit. *l. Iulianus. §. qui fundum. ff. de verbor. obligat.* Duar. *d. loco.*

2. Quia si donator obligatus esset ad præstandam donatario euictionem, tum donatarius aut rei euictæ precium repetere vellet à donatore, aut sumptus à se in eam factos, quos facturus non esset, si sciuisset rem esse alienam. Precium repetere non potest: quandoquidem hoc ei non abest, qui propter rem nihil in donatorem contulit, quod secus est in emptore, qui pro re vendita dedit precium. Sumptus à se factos videbatur iustius repetere posse, quia alia est causa damni, alia aduentitii lucri *l. Non debet actori. §. 1. ff. de reg. iur.* Sed & hoc à donatore, qui nihil admisit dolo, repeti iniquũ foret: Neque enim donator liberalitatis suæ pœnam pati debet *l. ad res donatas. ff. de adil. edict.* Nec par est, vt cuiquam officium suum damnosum existat *l. sed si quis ff. testament. quem. aperiant. l. si seruus. §. quod vero ff. de furt.* Nil tale dici potest de venditore, qui in re vendita præstanda non confert beneficium in emptorem sed id præstat quod iure obligationis præstare necessum habuit.

3. In *l. 2. C. de euict.* in hæc verba rescribunt Impp. *Quoniã autem tuus, cũ prædia tibi donaret, de euictione eorum cauit, potes aduersus coheredes tuos ex causa stipulationis consistere ob euictionem prædiorum: nudo autem pacto interueniente, minime donatorem hac actione teneri, certum est.* His verbis significant Impp. quod donator tunc de euictione teneatur, si non nudo pacto, sed stipulatione donatario de euictione cauit: Vnde argumento à contrario sensu colligitur, quod stipulatione ea de re donatario cautum sit, sed aut pacto nudo sit cautum, aut plane cautum sit, non possit donatarius de re euicta donatorem conuenire.

Et ita statuunt & sentiunt Francisc. Duaren. *ad d. tit. Cod. de euict. ad l. 2.* Donellus & Cuiacius *eod.*

Neque difficultatem hanc expedit distinctio Accursii, Azonis & Sichardi; quod enim nec eo casu, quo donatio est nuda conuentione facta, possit actio de euictione locum habere, ex præcedentibus plus satis liquet. Et sane, si propterea non potest aduersus donatorem de euictione agi, quando à consensu & nuda conuentione initium cepit donatio, quia donator sit obligatus ad dandum, siue ad tradendum, sequetur infallibiliter quod idem in donatore & eo casu statuendum sit, quo à traditione initium factum & donationis, quia & tunc non est satisfactum obligationi donatoris, cum non tradiderit rem ad quam tradendam obligatus fuit.

Ad *leg. Aristo. §. vltim. ff. de donat.* respondet Donellus ibi scientem donasse alii rem alienam, nec tamen hoc casu donatarium habere actionem de euictione, si res donata ei fuerit deuicta, sed deceptum donatarium habere aduersus donantem de dolo actionem, ex quo validissime ait Donellus inferri & concludi, quod de euictione actio donatario non competat, quia alias actio de do-

lo

lo subsidiaria non competeret, *l. 1. ff. de dolo malo.* Deinde actio quæ in præsenti casu datur donatario, competit duntaxat ei ad sumptus, quos in rem alienam fecit.

Ad illud argumentum, quod comparatione donationis & venditionis deducitur, facilis est responsio: Non enim recte, quoad ius euictionis, donatio comparatur emptioni venditioni: Nam precium, quod præstat emptor venditori rei venditæ, euictionem & similes præstationes ex æquo & bono inducit *l. 1. pr. ff. de rer. permut. l. Emptorem. §. fin. ff. de act. empt.* At ex donatione, quæ meræ liberalitatis est, nulla obligatio huiusmodi præstationum donatario aduersus donatorem adquiritur *l. hoc iure ff. de donat. d. l. ad res donatas.*

Non denique aduersatur, quod tradere promittens non nisi rei traditione dominium transferat: Hoc quippe, ait Duarenus, accipiendum est secundum causam, ex qua quis dare promisit, vt si sine causa stipulatio concipiatur, omnino inutilis sit. *l. 2. §. si circa ff. de doli except.* Si vero præcessit causa, vt in contractibus donationis & venditionis, qui traditionem non dominii translationem inferunt, *d. §. perficiuntur.* hoc casu stipulatio dandi huiusmodi causis adiecta, dominii translationem non inducit, sed secundum naturam dictorum contractuum intelligitur *d. l. si stipulatus.* Duar. *d. loco.*

Non igitur obligatus est donator, si de euictione præstanda nihil conuenerit. Sed etsi nudo pacto conuenerit, vt donator donatario præstaret euictionem, non tamen actionem euictionis nomine donatarius habebit; ita enim Impp. *in l. 2. C. de euictione. Nudo,* inquiunt, *pacto interuenientia minime donatorem hac actione teneri certum est.*

Ratio autem huius ista adducitur quod nudum pactum ad actionem producendam inefficax sit, *l. 7. §. 5. & l. 45. ff. de pact. l. 10. C. eod.* Tale autem sit pactum, quo donator donatario euictionem promittit.

Sed duo huic grauiter aduersari videntur. 1. Quod hodie Iustiniani constitutione *in l. 35. C. de donat. & § alia. Inst. eod. titul.* cautum & constitutum sit, vt ex solo pacto de donando donator obligetur ad hoc, vt rem tradat, idque ad exemplum venditionis: vnde videtur dicendum quod *d. l. 2. Cod. de euict.* sit correcta & emendata, sic, vt licet stipulatione non fuerit donatario de euictione cautum, tamen ad exemplum venditionis cui, quoad effectum æquiparatur donatio, præstanda sit euictio à donatore, r donata donatario euicta.

Respondet equidem Donellus, Iustiniani constitutionem non aperte emendare *d. l. 2.* quod tamen esset necessariu si correcta ista lex esse deberet, *arg. l. p cipimus. C. de appellat.* sed hoc saltem cau re, vt donator rem tradat, quemadmodum in venditione venditorem trader oporteret; indeque colligendum ait Donellus, si donator rem, de qua donando pactus est, tradiderit donatario, legi Iustiniani satisfactum esse, eoque donatorem liberari: Cui rursus fit consequens, si postea res tradita euincatur, euictionem à donatore non debere præstari, quia nihil de eo cautum sit leg Iustiniani, & quia prius donator liber tus fit tradendo, vt dictum est.

Veruntamen difficultatem huius obiectionis non tollit, nec nodum dissoluit hæc responsio. Si enim hoc noua Iustiniani lege cautum est, vti sane expresse cautum est, quod ad exemplum venditoris donator rem donatam tradere debeat, sequitur quod, sicut venditor obligatus est vel ad dominium rei in emptorem transferendum,

vel ad euictionem ipsi præstandam. *l. 11. §. 2. ff. de act. empt.* Ita quoque donator teneatur traditione vel dominium efficere donatarium, vel euictionem præstare. Accedit quod quem effectum habet traditio, ad quam venditor obligatus est emptori, eundem etiam effectum habeat traditio, ad quam donator donatario est obstrictus per textum expressum, *in d. l. 35. C. de donat. & §. alia. l. eod.* Iam vero traditio in venditione hoc operatur vt venditor mediante ea, aut dominium faciat, si ipse dominus fuit rei venditæ, aut ad euictionem obligetur: Ita quippe *in d. l. 11. §. 2. Vlpianus scribit*: *Et inprimis*, inquit, *Venditorem ipsam rem præstare oportet, id est, tradere, quæ res, siquidem dominus fuit venditor, facit & emptorem dominum; si non fuit, tantum euictionis nomine venditorem obligat*: perinde igitur donator, rem tradendo, aut dominium transferet in donatariū, si ipse dominus fuit, aut, si non fuit, euictionis nomine donatario obligatur. Ex quo sane liquet, Iustiniani constitutionem satis aperte *d. l. 2. C. de euict.* emendare. Ex eodemque apparet, donatorem non liberari sola & nuda traditione, nec Iustiniani legi per eam satisfecisse.

Obstat præterea quod pactum in continenti contractui adiectum, pariet actionem, *l. 7. § 5. ff. de pact.* Igitur si donationi adiectum fuerit pactum de præstanda euictione, ratio plane nulla appareat, cur ad actionem idoneum & efficax esse non debeat.

Plane itaque persuasum mihi habeo donationem sua natura, etiam nulla de præstanda euictione, pacto adiecto, obligare donatorem ad euictionem præstandam, & ideo multo magis eundem obstrictum ad eam esse si pacto euictionem promiserit.

Cæterum etsi de præstanda euictione ex ipso contractu emptionis-venditionis citra vllam aliam vel stipulationē vel pactionē teneatur, eo quod contractus venditionis bonæ fidei est, quo omne id quod alterum alteri præstare æquum & bonum est, quamuis nihil de eo specialiter conuenerit, continetur: *§. in bonæ fidei. I. de act. tot. tit. I. de obligat. ex consens.* bonæ autem fidei per omnia congruat, vt venditor emptori euictionem præstet, vt supra ostensum fuit sub initium huius disputationis; solet tamen plerumque venditor emptori de ea expresse cauere per stipulationem simplæ, qua emptori promittit, si res vendita euicta fuerit, simplum precium restituere *l. 16. l. 37. ff de euict.* vel stipulatione duplæ, qua continetur, vt re euicta duplum precii conuenti præstetur. *l. 17. l. 18. l. 53. ff. de euict.* cauere, inquam, sic tenetur venditor per stipulationem, per fideiussores vero cauere, hoc est, satisdare non tenetur *l. 56. eod tit.* Hæc autem stipulatio simplæ vel duplæ tunc demum committi & ex ea simplum vel duplum deberi, quando res emptori reuera est euicta iudicio, eidemque ablata, supra fuit demonstratum ex *l. 3. C. de euict.* Vbi Imperator dicit si solum aliena & alteri obligata appareat res vendita si tamen nondum sit etiam emptori iudicio ablata, actionem de euictione non dari.

Insuper non modo rerum singularum sed omnium etiam donatoris bonorum valet ac subsistit donatio, quandoquidem communis prope opinio, præsertim vero practicorum in contrarium esse v detur: Multi etenim sunt qui serio statuant donationem omnium bonorum non valere, & ita Fachineus *6. contra. 87. & seq* Broncho: *st cent. 2. assert. 54.* Anton. de Bellectis super *L. habet. C. de SS. Eccles num. 91. & seqq.* Anton. de Pettutia super *L. 1. ff. de iureiur.* Iohannes Hannibal. ad *Rubric. ff solut. matrim. n. 100. & seq.* Iul. Clarus *recept. sent l b. 4. § donatio. q. 19.* Snedewin. ad *§ 2 num. 86. & seq 1 de donat.* Nicol. Mozz. us *de Reb. quæ donat. poss.* *Lit. C. Quæ. 29. An valeat donatio omnium bonorum?*

poss. num. 6. Illorum autem fundamenta hæc sunt:

1. Illa donatio est contra bonos mores, quæ impedit testamenti libertatem: Atqui talis est donatio omnium bonorum, quia nihil relinquit donatori, de quo testari possit. Præterea & ideo est contra bonos mores, quia in eum aliquem constituit statum, vt nihil prorsus habeat, aut habiturus sit, atque adeo misere & infeliciter viuere debeat.

2. Quia testamenti factio publici est iuris, *l. 3. ff. qui testam. fac. poss.* adeoq; pactis dari non potest, aut impediri, *l. 38. ff. de pact.* Atqui testamenti factio impeditetur tali omnium bonorum donatione: siquidem qui vniuersa sua bona, tam præsentia, quam futura donat, is sibi ipsi testandi facultatem adimit, cum non amplius habeat, de quo testetur.

3. Quia pactis neque dari neque adimi potest hæreditas *l. hereditas. C. de pact. conuent.* Atqui donatione, quæ pactum est, *l. si quis. C. de donat.* daretur hæreditas, si valeret de vniuersis bonis, tam præsentibus, quam futuris, quia bona vniuersa nihil aliud sunt, quam hereditas *arg. l. heres & l. hereditas. Digest. de Reg. Iur.*

4. Quicquid inducit votum capiendæ mortis alterius, illud est contra bonos mores & legibus improbatur, *l. fin. C. de pact.* Atqui donatio vniuersorum bonorum tam præsentium quam futurorum, inducit votum mortis donatoris & donatario præbet occasionem insidiandæ vitæ illius.

5. Quin etiam si donatio omnium bonorum valeret, sequeretur hoc absurdum, quod huiusmodi donatio idem in effectu contineret, quod testamentum atque heredis institutio, cum heres nil quicquam amplius habere videatur, quam is cui vniuersa bona tam præsentia quam futura sunt donata; Cui porro consequens foret, eadem adhiberi solennia in hac omnium bonorum donatione, quæ adhibentur in testamentis.

6. Quibus & hanc rationem addit Giphanius, quod donatio futurorum bonorum non valeat, idcirco quia negotia gerimus de rebus, quæ sunt nostri dominii *l. inter stipulantem. §. sacram. de verb. obligat.* At bona futura nondum sunt nostra.

7. Postremo *in l. 16. §. 1. de iure patron.* expresse dicitur, magis esse vt omnium rerum alienatio facta, nullius momenti sit. Quare & donatio omnium bonorum, quia quædam alienatio est, *arg. §. 2. Inst. de donat. & l. si quis argentum. C. de donat.* Ideo hinc sequi videtur illam nullius esse momenti. Limitatur tamen hæc sententia 1. Vt valeat donatio omnium bonorum si sit iurata. Anton. de Petrutia *d. loco.* 2. Si ad pias causas sit facta, Hannib. *d. l. 1. n. 195.* 3. Si donatio aliquid sibi reseruat, de quo possit testari.

Pro contraria tamen opinione militant Iohannes Corasius *6. Miscel. 17.* Andr. Gail. *2. obseruat. 1. n. 10.* Vau. *l. 1. variar. quæst. 3.* Bocerus *de donat. c. 3. num. 15.* Anton. Fab. *48. error. pragm. 6.* Hubert. Giphan. *in Lectur. Altorphinu ad L. 42. n. 9. ff. de donat. mort. causa.* Et hæc sententia etiam mihi verior esse videtur, pro qua hæc adduci possunt fundamenta.

1. In *l. 8. C. de reuocand. donat.* expresse Constantinus & Constantius donationem à patrono liberto factam vel omnium bonorum, vel partis alicuius reuocari posse aiunt, si postea patrono liberi fuerint nati. Iam vero, si donatio omnium bonorum non valeret, tanquam bonis moribus contraria, frustra de ea, liberis donatori postea natis, reuocanda quæreretur: quod enim vel contra bonos mores, vel contra leges est, id statim ab initio atque ipso iure nullius est momenti.

2. In *l.4.C.de contrah.empt.* expresse confirmatur donatio omnium bonorum, sic, vt secundum modum & formam ibi descriptam inofficiosæ donationis querela reuocari non possit.

3. Pari modo *in l. cum quis 37.§.3.ff. de legat. 3.* donatio vniuersorum bonorum à patre filio emancipato facta valere dicitur. Idemque *in l.35. C. de donat.* expresse confirmatur.

4. Quibus & hæc ratio iuris & æquitatis manifesta accedit, quod nempe quilibet sit bonorum suorum moderator & arbiter *l.21.C.mandat.* Nec quicquam tam naturale sit, quam voluntatem domini, rem suam in alium transferre volentis, ratam haberi. *§.per traditionem.Inst.de rer.diuis.* Quare in vniuscuiusque domini arbitrio & potestate esse debeat, an sua bona vniuersa in alium transferre velit.

Ad *primum* & *secundum* contrariæ opinionis fundamentum resp. donatione vniuersorum bonorum nequaquam donatorem in egestatem ac paupertatem constitui, nec testamenti factione priuari: quandoquidem & illi, qui vniuersa sua bona donat, ea relinquuntur, quæ verisimile est ipsum in specie concessurum non fuisse, vt supellex, ministeria item perquam necessaria, & quæ ad affectionem eius maxime pertinent: hæc quippe generali alienatione & obligatione vniuersorum bonorum non contineri, testis est ICtus *in l. 7. & 8. ff. de pignoribus cap. in general. de reg. iur. in sext.* De his proinde rebus testari poterit donator. Præterea licet quis recta & actu ad hoc ordinato, non possit testandi facultatem sibi ipsi præripere *l. stipulatio hoc nomine Digest. de verb. obligat.* per indirectum tamen potest: Sic enim, qui monasterium ingreditur, sese testandi facultate priuat *Auth. ingressi Cod. de SS. Eccles.* Itemque is qui sese arrogari ab alio patitur, facultatem testandi hoc ipso amittit *§. illud. Inst. de adopt.*

Ad *tertium* respondeo assumptionem negando: non enim si vniuersa bona donantur, censetur protenus hereditas delata, quandoquidem hereditas nomen iuris est & iuris intellectum habere dicitur, etiam absque vlla re hereditaria, *l. hereditas. Digest. de petit. heredit.*

Ad *quartum* respondeo Assumptionem itidem negando: Tum quia ad euentum, effectum atque exitum donationis huiusmodi opus non est morte donantis, quia si pura est, statim ex illa agi potest ad rerum donatarum traditionem. *§. alia. Inst. de donat. iunct. §. omnis Inst. de verb. oblig.* Tum etiam quia interest donatarii diu superstitem esse donatorem, ob ea, quæ is sibi sua industria parare & acquirere potest, ob hereditates item, quæ interim ipsi obtingere & deferri possunt, quæ omnia, vi donationis factæ ad donatarium quandoque pertinebunt. Tum denique quia nihil tale suspicari vel præsumere licet de donatario, insigni beneficio à donatore affecto, sed quæuis potius gratitudo ab ipso spectanda & speranda est.

Ad *quintum* resp. consequentiam negando, quia diuersissimam esse rationem testamenti atque donationis vniuersorum bonorum, hic relucet, quod donatarius solum in commoda succedat, non etiam in onera & incommoda: nam si ære alieno grauatus est donator, non valet donatio in fraudem creditorum facta, *l. non possunt. Digest. de iure fisci l.2.§.1. Digest. de collat. bonor. tot. tit. Digest. quæ in fraudem creditorum.* Insuper non statim, quæ effectu conueniunt, ea habent eandem formam, eadem adiuncta & easdem solennitates, arg *l.6. iunct. l.7.pr.ff.de pact.*

Ad sextum respondeo non solum de rebus præsentibus & acquisitis, sed de

futuris

futuris quoq; nascituris & acquirendis recte negotia geri, quæ licet nunc nostri dominii non sint, futuræ tamẽ aliquãdo sunt, § 7. *vbi Interpp Inst. de lega* § *1. Inst. de inutil. stipul.*

Ad *septimum* resp. committi fallaciã causæ; quoniã *in l. 16* § *1. ff. de iur. patronatus.* non idcirco donatio nullius est momenti, quia dè omnib. bonis est facta, sed quia facta est in fraudem legis, quæ vetat ne libertus se minorem faciat centenario *d. l. 16.*

Quæst. 30. *An is, qui omnia sua bona donat etiam iura & res incorporales censeatur donasse?*

Ex hac porro controuersia ista promanat quæstio non minus dubia & anceps, vtrũne is, qui omnia sua bona donauit, possit alteri in præiudiciũ donatarii cedere ius aliquod? quæstio in eo est anne omnium bonorum appellatione etiam iura veniant?

Et quidem, quod obligatione bonorũ contineantur actiones, iura & nomina, testatur Vlp. *in l. 49 de verbor. signif.* vbi ita scribit: *Bonorũ appellatio aut naturalis est aut ciuilis. Naturaliter bona ex eo dicuntur, quod beãt hoc est, beatos faciunt. Beare est prodesse In bonis autem nostris cõputari sciendum est non solũ quæ domini nostri sunt, sed etsi bona fide à nobis possideantur vel superficiaria sint. Æque bonis annumerabitur, etiamsi quid in actionibus est: Nam hæc omnia in bonis esse videntur: Actiones proinde generali bonorum obligatione continentur.*

2. Id quod amplius confirmat *l. 15. ff. de reg. I.* vbi Paul. *Is qui actionẽ habet ad rem recuperandã, ipsam rẽ habere videtur:* cum igitur res bonorũ appellatione contineãtur, cõsequẽs est, actiones quoq; nomine bonorũ significari, & generali bonorũ hypotheca cõprehẽdi.

3. Adstipulatur Paulo Vlp. *in l. 143 de verb. signif.* dũ ait: *Id apud se quis habere videtur, de quo habet actionẽ: Habetur enim* ꝙ *peti potest.*

Nec refragatur huic lex *204. ff. de reg. iur.* vbi Pomp. in hæc verba scribit: *Minus est actionẽ habere quam rem,* vnde inferendũ videtur, quod qui actionẽ habet ad rem recuperandam, non intelligatur rẽ ipsam habere & consequenter actio in bonis esse non censeatur.

Resp. Etenim Pomponii istud dicterium verum est respectu præsentis commodi & oneris petitioni, siue actioni cohærentis: Tũ quia fructus interim possidenti cedũt: Tum quia onus probandi incumbit petitori & actori: Tum quia fieri potest, vt inopia aduersarii inanis constituatur actio, *l. 6. ff. de dolo.* Quod si vero spẽ obtinendæ rei spectemus, rem habere videtur, qui actionẽ habet; Idq; amplius corroborat textus *in l. pretia rerum. 63.* § *1. ff. ad L. Falcid.* vbi dicitur, quenquam tantum habere in bonis, quantũ exigere potest. Modestinus quoq; idẽ probat *in l. rem in bonis. 52. de acquir. rerum domin.* Rẽ, inquiens, *in bonis nostris habere intelligimur, quotiens possidentes exceptionem, aut amittentes ad recuperandam eam actionem habemus.*

De nominibus proinde, quin & ipsa sint in bonis, bonorũ appellatione cõprehendantur &, quod huic est consequens, generali obligatione bonorũ contineantur, dubitari ex modo adductis fundamentis nõ licet: In bonis enim esse dicuntur, quæ in actionibus sunt, *d. l. 49.* Hęc vero sunt nomina siue debita, ad quæ persequenda & obtinenda comparatæ sunt actiones § *1 I. de action.*

2. Pro eadem sententia facit etiam *l. Nomẽ. 4. C. quæ res pignor. dari possunt.* Sic enim ibi Alexander Imperator rescribit: *Nomen quoque debitoris pignorari & generaliter & specialiter posse iam pridem placuit.*

3. Huc etiam facere videtur *l. 30. §. 1. ff. ad SC. Trebell.* vbi dicitur, *Meorum & tuorum appellatione etiã actiones contineri, & cõsequẽter etiam nomina, quæ actionibus prosequimur.*

Neque pro sententia Iasonis ad *l. stipulatio hoc modo. num. 21. ff. de verb. obligat.* negantis nomina esse in bonis, quicquam facit *l. 7* § *final. ff. de pecul.* quandoquidem ne minimum quidem eo in loco continetur, vnde colligi possit, quod nomina bonis non sint annumeranda, sed potius, cũ ICtus in eiusdẽ *l. 7.* §. *4.* diserte profiteatur, in periculo contineri nomina, inferendum exinde videtur, quod nomina quoque in bonis sint.

Minus vero opinioni Iasonis patrocinatur *l. fin. C. de quadriennii præscript.* cũ nec in ea reperiatur rescriptũ, nomina non esse in bonis.

Nec etiam mouent textus illi iuris Canonici, in quibus bona & iura ab inuicem discernuntur, vt *in cap. 1. vers. contra natos. verb. bonis & iuribus publicatis de schisma in sext. & Clement. 1. circa fin. extr. de iureiur. Clement. pastoralis vers. prahabiti. de sentent. & re iudicat. Clementin. quia contingit. in pr. &* § *vt autẽ. de statu Monachor.* Hinc igitur concludendũ videtur, quod nec nomina, nec cætera iura sub bonis comprehendantur.

Ad hosce enim textus respondet Gœdd. postremis illis temporibus, cũ Bonifacii octaui liber Decretalium, qui sextus vocatur & Clementis Quinti decretales ederentur elegantiam illam latinæ linguæ obseruatam & prope sublatã fuisse. Deinde dubitationis tollẽdę causa, duob⁹ verbis expressum videri posse, quod alioquin vno dici potuerit: Nec enim rarũ esse dictiones plures cõiungi, non quod verbis deesset vis, sed ad maiorẽ certiorem que

remque declarationem. Denique prædictis in locis pontificibus propositum non fuisse propriam illorum verborum significationem tradere, sed ad facti quæstiones respondere, ac proinde crassius locutos fuisse.

Sed vtrum vniuersorum bonorum nomine futura etiam & acquirenda bona contineantur, quæstio æque controuersa est?

Et pro affirmatiua sententia facit textus *in l. fin. C. quæ res pign. obligar.* vbi Iustinianus hæc in verba præfecto Prætorio Mennæ rescribit: *Si quis in cuiuscunq, contractus instrumento ea verba posuerit, fide & periculo rerum ad me pertinentium, vel per earum exactionem satisfieri tibi promitto, sufficere ea verba ad rerum tam earum, quas in præsenti debitor habet, quam futurarum hypotheca sancimus. Nec ex prioribus functionibus minus habere specialis hypotheca memoriam videri: cum sit iustum voluntates contrahentium magis, quam verborum conceptionem inspicere: super qua generali hypotheca illud quoque ad conseruandam contrahentium voluntatem sancimus, vt si res suas supponere debitor dixerit, non adiecto tam præsentes quam futuras, ius tamen generalis hypotheca etiam ad futuras res producatur.* Ex hac Iustiniani sanctione colligit noster Author, generali omnium bonorum oppignoratione futura quoque bona pignori obligata censeri, nec opus esse vlla rerum futurarum expressione, vt quæ etiam indefinita oratione intelligantur.

Etsi vero hæc sententia de iure verissima sit, non tamen parum ei refragari videtur *l. si ita. 7. ff. de auro & argent. legat.* Nam illic Paulus hoc modo scribit: *Si ita esset legatum, vestem meam, argentum meum damnas esto dare, id legatum videtur, quod testamenti tempore fuisset, quia præsens tempus semper intelligeretur, si aliud comprehensum non esset: Nam cum dicit vestem meam, argentum meum hac demonstratione MEVM præsens, non futurum tempus ostendit, idem est & si quis ita legauerit, Seruos meos.*

Idem plane comprobare etiam videtur hæc ratio, quod *mearum* appellatione res quæ nondum meæ sunt, nec vindicari possunt, non contineantur *l. 27. §. argento. & l. scribit 34. Digest. de auro & argent. legat. l. solum 49. ff. de rei vind.* Iam vero res futuræ, quæ nondum sunt acquisitæ, vindicari nequeunt, nec reuera sunt meæ. Igitur numero MEARVM rerum non continentur.

Postremo in dubio à propria verborum significatione non est recedendum *l. Non aliter. 69. ff. de legat. 3.* Iam vero nemo dixerit appellatione *mearum rerum* proprie significari res futuras, nondum mihi acquisitas, sed acquirendas.

Verum enim vero cum quæstio hæc præsens tam perspicue & clare à Iustiniano *in d. l. fin.* sit decisa, non magni reputentur momenti fundamenta modo adducta, nec tanti ponderis sunt, vt sententiam, aperta Imperatoris sanctione stabilitam, euertere queant. Et si singula accuratius & diligentius considerentur, apparebunt vel parum vel plane nihil ad propositum facere.

Quod enim ad *l. 7. ff. de auro & argent. legat.* attinet, respondet ad eam Glossa: Illic Paulo ICto sermonem esse de magno præiudicio nempe de legato, vel donatione, per quam dominium transfertur, & ideo illam dispositionem non trahi ad futura: At in proposito nostro, vt & *in d. l. fin.* differi de pignore quo non magnum, sed exiguum admodum præiudicium creetur, & ideo dispositionem istam ad futura etiam extendi.

Sed hanc conciliationem recte Bartolus ex *l. si seruitus. 23 pr. ff. de seruit. vrban. præd.* refellit: Nam ibi cautio ista, *Ne luminibus officiatur*, omne lumen, siue quod in præsenti, siue quod post tempus conuentionis contigerit significare dicitur.

dicitur. Sic & societas omnium bonorum etiam ad futura & acquirenda bona & ad obuenturas hereditates porrigitur *l.3.§.1.ff.pro socio.* Nec dici potest, hisce casibus exiguum contineri praeiudicium, proinde generalis oratio de vniuersis concepta, non solum quando exiguum, sed etiam quando magnum continet praeiudicium ad futuras & acquirendas res extenditur.

Quocirca Franciscus Hotomannus in explicatione *d.l.fin.C. quae res pign.* Respondet Iustinianum in ista *l.fin.* constituisse, verba ista *res meas* ad futuras & acquirendas etiam referri, non quia contrahentium haec fuisse voluntas videtur (quoniam qui res suas supponit non intelligatur non suas supponere) sed ideo, vt cautius creditoribus consultum esset, quod ipsis beneficium sine debitorum iniuria tribuatur arg. *l.3.§.1. & l.74.ff.pro socio.*

Verum haec interpretatio & conciliatio (vt, quod sentio, ingenue dicam) non est melior praecedente, sed multo deterior. Clare siquidem à Iustiniano in ipsa *l.fin.* reiicitur & improbatur, dum illic expresse profitetur, se *ad conseruandam contrahentium voluntatem* sancire, vt si res suas supponere debitor dixerit, non adiecto *tam praesentes, quam futuras*, ius tamen generalis hypothecae etiam ad futuras res producatur. Quomodo itaque dicetur, hoc ex contrahentium voluntate non constitutum, sed in gratiam duntaxat creditorum, vt illis eo magis cautum sit, sancitum fuisse?

Hugo Donellus *in comment. ad eand. l.fin.* Respondet ad *d.l.* si ita 7. Si appellatio MEAS eiusque gemina & propria significatio spectetur, non minus futuris rebus, quam praesentibus conuenire, quoniam vsu loquendi ex aequo recte dicatur seruus, qui meus est, & seruus qui meus erit: Quod autem in legatis, donationibus & alienationibus verba ista, *res meas*, praesentes tantum significant, nec ad futuras extenduntur, adeoque à propria significatione istorum verborum receditur; secus vero in pignoribus, rationem hanc adducit Donellus, quod cum quis res suas pignori dat, eadem sit causa, cur res futuras obligatas velit, propter quam obligantur praesentes: Nam praesentes obligat debitor pignori vt creditori cautum sit: At cautionis aequitas exigit, vt creditori omnimodo cautum sit, hoc postulat vt ei cautum sit omnibus rebus debitoris, tam futuris quam praesentibus: In rebus autem donandis, legandis & alienandis longe diuersa causa est, cur quis praesentes datas velit, quam cur velit futuras & nondum quaesitas. Qui legat praesentes & eas, quas nouit, ideo legat, quia iudicat legatarium hactenus de se meritum esse: Hac enim de causa quid legatur, *l. Nec adiecit ff. pro socio.* Hoc vero de futuris testator statuere non potest. Nam qui dignus est centum aureis, non continuo dignus est mille: At fieri potest vt mille, aut bis mille testator postea acquirat. Quid autem & quantum acquisiturus sit testator ignorat. Sententiam proinde & voluntatem domini facere, ait Donellus, ne verbo MEVM res futurae contineantur, non autem verbi ipsius significationem.

Iohannes Sichardus in ea *d.l.fin.* & si approbare videtur Glossae conciliationem supra relatam, in eam tamen procliuior est sententiam, quod iure veteri & ante constitutionem Iustiniani *d.l.final.* obligatione generali res futurae non fuerint comprehensae, constitutione vero ita postmodum à Iustiniano fuerit effectum, vt res futurae & acquirendae etiam continerentur generali rerum obligatione; Adeoque opinatur *d.l.fin.* esse iuris veteris correctoriam, eaque nouum ius introductum esse.

Sed, quo minus sententiae Sichardi subscri-

subscribam, moueor illis pandectarum legibus, quib. clarissime euincitur, quod res futuræ obligatione generali contineantur, è quibus videri possunt *d.l.si seruitus.* 23. *ff. de Seruit. præd. vrban.l.*3.§.1.*ff. pro socio.* Accedit etiam hoc, quod, vt inscriptio istius *l. fin.* innuit, ea lex non sit è numero nouarum legum & constitutionum, quæ ad emendationem legum pandectarum comparatæ & Codici emendato nouiter insertæ sunt. Quocirca mihi, saluo tamen aliorum iudicio, Donelli explicatio omnium optima esse videtur.

Ad *secundum argumentum* pro contraria opinione supra allegatum, eadem erit responsio: siquidem ex illis desumpta est legibus, quæ de legato expresse concepta sunt, nulla vero ex illis de pignoris obligatione loquitur.

Ad *Tertium*, ex horum verborum, *RES MEAS*, proprietate, peritum respondet Donellus, illorum propriam & genuinam significationem non hanc esse, vt res duntaxat præsentes contineant, sed potius proprietatem illorum res futuras etiam complecti, cum non solum meum dicatur, quod iam & præsenti tempore est meum, sed etiam quod meum erit tempore insequenti siue futuro.

Nec moueor eo, quod hic Sichardus obiicit; Pronomina ista *Meum Tuum, Suum* esse possessiua, denotantia possessionem de tempore præsenti, ac proinde per ista verba præsentia saltem & non futura bona intelligi oblata.

Resp. Pro hoc enim nodo dissoluendo notandum existimo, quod verborũ proprietas maxime ex vsu æstimetur, vsus autem prædictorum verborum iste sit, vt non modo res præsentes, sed futuræ etiam denotentur. Deinde vsus verborum, quem in iure habent, potissimum spectari debet, quando de legum interpretatione quæritur: Ita quippe ICtus *in l.*103. *de verb. significat.* Iam vero de vsu iuris satis ex antea allegata *l. final.* constat.

Lit. E. *Quæ.* 32. *Vtrum sine nouo domini consensu possit emphyteuta emphyteusin donare?*

De Emphyteusi, vtrum ab Emphyteuta donare alteri possit sine nouo consensu domini directi, valde controuerti tur?

Et quod etiã ius emphyteuticum sine consensu domini directi alienare, excepto venditionis titulo liceat, multis dicendum videtur.

1 Quia quisque est moderator & arbiter rerum suarum, etiam abutendo, sic, vt de iis libere disponere queat, *l.in re mandata. C.mandati.* Proinde & emphyteuta de iure sibi constituto, tanquam de re dominii sui liberrime disponere, illudque pro suo arbitrio in alium transferre poterit.

2. Insuper cessante ratione & causa prohibitionis, cessat ipsa quoque prohibitio: Atqui ratio ob quam prohibetur emphyteuta vendere ius suum, sine cõsensu domini deficit in donatione ac cæteris modis alienandi & transferendi dominium: Igitur & ipsa deficit prohibitio. Assumptio patet, quia ratio ob quam prohibetur emphyteuta non requisito consensu domini vendere, hæc est, vt si dominus ipse, qui & directum in re emphyteutica dominium obtinet, velit eodem precio, quod alius daturus erat ius emphyteuticum emere æquissimum sit eum alii præferri. At hæc ratio in donatione cæterisque modis translationis aperte deficit.

3. Accedit præterea textus *in d.§. adeo.* quo diserte Iustinianus sancit, vt quandiu canonem præstat emphyteuta, licentiam habeat rem emphyteuticam efficaciter transferre, & cui velit donare, dotis nomine dare, alio quocunque modo alienare.

4. Adde, quod ius emphyteuticum irrequisito domini consensu, possit emphyteuta alteri legare *l.* 71. §. *fin. Digest.de legat.*1, in qua ICtus ita scribit:

Si

Si fundus municipum vectigalis ipsis municipibus sit legatus, an legatum consistat, petique possit, videamus? Et Iulianus lib. 38. Digest. scribit; quamuis fundus vectigalis municipum sit; Attamen, quia aliquod ius in eo is, qui legauit, habet, valere legatum. Sed etsi non municipibus, sed alij fundum vectigalem legauerit, non videri proprietatem legatam, sed id ius, quod in vectigal. fundis habemus. At legatum est donatio quædam, ipso Iustiniano definiente *pr. Inst. de legat.*

5. Et quod emphyteusis locari possit sine domini consensu, patet ex *l. 219. de verb. signific.* vbi sic scribitur: *In conuentionibus contrahentium voluntatem potius, quam verba spectari placuit. Cum igitur ea lege fundum vectigalem municipes locauerint, vt ad heredem eius, qui suscepit, pertineret, ius heredum ad legatarium quoque transferri potuit.*

6. Præterea ius emphyteuticum inconsulto Domino idcirco prohibetur vendere emphyteuta, vt, si velit dominus, eodem precio emere possit, præferaturque extraneo cuiuis: At vero hoc ius prælationis non conceditur domino in donatione, quia alias nunquam posset emphyteuta ius suum donare eiusque donatio in totum ei adimeretur, quia dominus semper vellet sibi potius ius donari, quam alteri.

7. In *l. 1. Cod. de fund. patrim.* Emphyteutæ fisci siue Reip. permittitur ius suum citra iudicis voluntatem, saluo canone, alteri donare. Nam sic Imperator Constantinus: *Si quis fundos emphyteutici iuris, salua lege fieri, citra iudicis auctoritatem donauerit, firma sint donationes, dummodo suis quibuscunque temporibus ea, quæ fisco pensitanda sunt, repræsentare cogatur.* Idem ergo & in priuata emphyteusi statuendum.

Sed ab hac sententia alii, haud postremi nominis ICti, diuortium faciunt, statuentes, emphyteutam sine nouo domini consensu, emphyteusin alii donare, aut alio titulo in alium transferre non posse.

Fundamentum huius sententiæ est *in L. final. Cod. de iure emphyt.* in qua ita Iustinianus scribit: *Cum dubitabatur, vtrum emphyteuta debeat cum domini voluntate suas meliorationes, quæ Græco vocabulo emponimata dicuntur, alienare, vel ius emphyteuticum in alium transferre, an eius expectare consensum? Sancimus, siquidem emphyteuticum instrumentum super hoc casu aliquas pactiones habeat, eas obseruari. Sin autem nullo modo huiusmodi pactio interposita est, vel forte instrumentum emphyteuseos deperditum est, minime licere emphyteutæ sine consensu domini meliorationes suas aliis vendere, vel ius emphyteuticum transferre. Sed ne, hac occasione accepta, domini minime concedant emphyteutas suos accipere precia meliorationum, quæ inuenerunt, sed eos deludant, & ex hoc commodum emphyteutæ depereat, disponimus attestationem domino transmitti, & prædicere, quantum precium ab alio reuera accipi potest. Et si quidem dominus hoc dare maluerit, & tantam præstare quantitatem, quantam ipse reuera emphyteuta ab alio accipere posset, ipsum dominum omnimodo hæc comparare. Sin autem duorum mensium spacium fuerit emensum, & dominus hoc facere noluerit, licentia emphyteutæ detur, vbi voluerit, & sine consensu domini meliorationes suas vendere. His tamen personis, quæ non solent in emphyteuticis contractibus vetari ad huiusmodi venire emptionem.*

Ex hac Iustiniani constitutione sententia nostra non parum iuuatur.

Primo enim attendendum est Iustiniano propositum fuisse ibi quæstionem

hinc decidere, vtrū emphyteuta necessum habeat, cum domini voluntate ius emphyteuticum in alium transferre? Cum itaq; quæstio generaliter de translatione, & non in specie de venditione sit concepta; consequens est de alienatione, seu translatione etiam decisionem exaudiendam esse.

Et quanquam dissentientes respondeant, verbum *alienationis* itemq; *translationis* stricte accipi pro venditione, vt *in l. 1. C. de iure emphyteutico & §. 3. Inst. de locat.* & verbum alienare & transferre, positum in principio *d. l. final.* ex subsequentibus declarationem accipiat, quod nempe ad translationem iuris emphyteutici consensus domini non simpliciter ac præcise, sed hactenus desideretur, quod emphyteuta domino futuram mutationem per venditionis titulum factam rite denunciare debeat, vt ipse dominus eodem precio meliorationes & ius emphyteuticum emere valeat. At hoc deficit in donatione, quæ gratuita est.

Hoc tamen ad rem parum facit, quandoquidem diuinatorium est, & coniectura positum, quod generale verbum *transferre*, quemuis alienationis titulum sub se comprehendens, ad speciem alienationis, nempe venditionis restringatur.

Nec sequitur, verbum alienationis & translationis, in quibusdam locis specialiter ac stricte pro emptione venditione accipitur; Ergo eodem modo & hic accipitur: siquidem argumentum procedit ex puris particularibus, ex quibus vitiose concluditur.

Nec ad rem facit quod in ipso textu *d. l. fin.* pro verbo *alienationis* vsurpetur verbum *venditionis*, adeoque generale verbum alienationis & venditionis, ad speciem restringatur. Nam verbum venditionis nunquam in ea *l. fin.* ad ius emphyteuticum, sed semper ad meliorationes refertur; de iure verò emphyteutico constanter alienationis verbum vsurpatur; vt ita, mea sententia, Iustinianus *in d. l. fin.* prohibeat meliorationes vendere, ius vero emphyteuticum alienare & transferre, quocunque etiam titulo, prohibeat.

2. Accedit, quod, quotiescunque de alicuius agitur præiudicio, toties consensus ipsius desideretur: quia nemo alteri in quam conditionem inferre, aut facto suo præiudicare debet.

At cum ius emphyteuticum alienatur, quocunque etiam titulo id fiat, agitur de præiudicio ipsius domini; siquidem interest domini non quemuis habere emphyteutam, sed eum, qui in re emphyteutica curanda & colenda diligens sit & industrius, quique canonem quoque quotannis soluere possit & velit. At non omnes in rebus etiam suis, nedum in alienis, curandis & colendis æque industrii sunt & diligentes; nec etiam omnes in canone soluendo æque prompti.

Proinde propter hoc præiudicium domini longe maximum, consensus ipsius merito requiritur & adhibetur.

Nec moueor eo, quod hic dissentientes respondent duobus temporibus in alienatione emphyteuseos consensum domini requiri 1. tempore alienationis. 2. tempore inductionis in bonorum possessionem.

Prioris temporis consensum non requiri indistincte, sed solum in venditione, posterioris vero etiam in legato & donatione, sic vt nouus emphyteuta per legatum vel donationem constitutus, se domino offerat, renouationem petat, eique quinquagesimam æstimationis, quæ laudemium dici solet, pro receptione & confirmatione soluat. Quapropter tametsi alienatio sine domini consensu facta fuerit, nihil tamen

per

per hoc præiudicari domino feudi, cum ipsius consensu in possessionem mitti debeat, adeoque si non videatur idoneus eum reprobare queat, & non admittere dominus.

Resp. hoc enim expresse refellunt verba ipsius textus *d. l. fin.* vbi dicitur, minime licere emphyteutæ, sine consensu domini, ius emphyteuticum transferre; atque sic non solum tempore missionis in possessionem, domini desideratur consensus, sed etiam tempore alienationis; præterea, si post alienationem emphyteuseos requiritur consensus domini, sic, vt nolens ipsum admittere non cogatur, adeoque sine consensu ipsius effectum sortiri alienatio non potest, sequitur nec alienationem sine domini consensu iure fieri posse, cum paria sint, aliquid non fieri & fieri, sed sine effectu.

His non refragatur *primo* quod quilibet de rebus suis liberrimam habeat disponendi facultatem. Igitur & emphyteuta de iure suo sibique constituto disponere valeat: Nam hoc procedit, nisi dispositionem lex, iusta de causa, domino auferat *arg. tot. tit. Inst. quib. alienare licet vel non.* At Emphyteutæ, iustissima de causa, lege Iustiniani facultatem de iure suo disponendi ademptam esse modo ostensum fuit. Præterea prædicta regula non procedit, cum dispositio, cum tertii iniuria & præiudicio coniuncta est.

Ad *secundum* respondetur committi fallaciam causæ: Vera siquidem ratio, ob quam non liceat emphyteutæ, sine domini directi consensu, alienare emphyteusin, modo indicata fuit; hæc nempe, ꝙ talis alienatio cũ præiudicio & iniuria etiam domini coniuncta esse potest. At ratio illa, quam dissentientes allegant, huc non pertinet: Nec enim ius istud prælationis domino competens ad ius ipsum emphyteuticum, sed solum ad meliorationes pertinet; id quod verba textus plus satis significant: sic enim se habent: *Sed nec hac occasione accepta domini minime concedant emphyteutas suos accipere precia* meliorationum, *quæ inuenerunt, sed eos deludant, & ex hoc commodum emphyteuta depereat, disponimus attestationem domino transmitti & prædicere, quantum precium ab alio reuera accipi potest, ipsum dominum omnimodo hoc comparare. Sin autem duorum mensium spacium fuerit emensum, & dominus hoc facere noluerit, licentia emphyteutæ detur, vbi voluerit & sine consensu domini* meliorationes *suas vendere.*

Proinde cum agitur de meliorationibus vendendis, electio datur domino, vtrum ipse velit emere; id quod ad ius ipsum emphyteuticum minime transferendum est; sed illud simpliciter & abscisse sine domini consensu vendi prohibetur.

Ad *tertium* respondetur textum *d. §. adeo,* huc non pertinere & plane impertinenter allegari: quandoquidem de re ipsa emphyteutica, seu de re, in emphyteusin concessa, loquitur textus: at nos de iure emphyteutico constituto: illa alienari potest, etiam sine nouo consensu domini: at hoc alienari nequit. Et ratio huius etiam diuersissima est, cum enim res alienatur emphyteutica, nihil per hoc præiudicatur domino, modo ipsi canon præstetur. At si ius alienatur & nouus domino substituitur emphyteuta, præiudicatur ei maxime; quid enim si nouus hic emphyteuta canonem suo tempore non ita prompte soluat?

Nec obstat quod plus sit rem alienare emphyteuticam, cuius vtile saltem habet dominium, directum ad concedentem emphyteusin pertinet, quam transferre ius emphyteuticum, cuius plenum dominium habet emphyteuta: ei autem, cui conceditur quod plus est, denegari non debeat, quod minus est.

Resp. Nam argumentum istud à maiori ad minus, & à minori ad maius procedit, vbi eadem, non vero ibi diuersa ratio est maioris & minoris: vt hic diuersam rationem subesse, modo ostensum fuit.

Ad *quartum* & *quintum* respondeo eos quoque textus, ex quibus euincere conantur emphyteusin legari & locari posse, huc plane impertinenter allegari, vt qui non de emphyteusi, sed re emphyteutica seu in emphyteusin concessa, loquantur: fundus enim vectigalis *in d.l.7. & d.l.219.* legatus & locatus aperte proponitur.

Ad *sextum* respondeo, vt supra, committi fallaciam causæ: nam cur venditio iuris emphyteutici non valeat sine consensu domini, ratio est, quod tali venditione præiudicetur domino propter canonem, qui domino debetur; quam rationem non deficere in cæteris alienationibus expeditum est. Quod vero ad ius prælationis attinet, illud non ad venditionem seu alienationem iuris emphyteutici, sed ad alienationem & venditionem meliorationum spectare, paulo supra ostendimus. Fachineus quoque non incommode respondet: si vendatur ius emphyteuticum, legem concedere domino emere volenti, prælationem; si vero aliter in alium transferatur, consensum domini requiri ob alias causas, vt scilicet intelligat, quis nouus sit emphyteuta, & antequam ei possessionem concedat, & eum moneat, de re emphyteutica prouidere possit, vt non solum laudemium seu quinquagesima præstetur, sed annuus canon emphyteuticus.

Ad *septimum* respondeo, in eo quoq; committi fallaciam plurium quæstionum; siquidem hic nobis non est quæstio de re emphyteutica: Nam hanc sine domini consensu alienari posse expeditum est. Verum omnis quæstio & dubitatio est de iure emphyteutico, quod irrequisito consensu domini alienari posse cum Iustiniano, *in d. l. fin.* negamus: proinde *d.l.1.C. de fun. patrim.* ad propositum non pertinet.

Postremo ad feudum donari possit citra domini consensum, quæritur? Et res hæc non videtur admodū magnum habere dubium, cum textus sint de hoc expressi, quibus donatio feudi diserte prohibetur, vt *in tit.52. & 55. lib.2. Feud. & tit 9. §. donare. 1. eod.* quo in postremo casu ne quidem ad pias causas valere donationem feudi decernitur. Vt proinde argumento isto, quo vtitur Treutlerus noster ad vlteriorem huius sententiæ confirmationem plane opus non sit. *Lit. F.*

RESOLVTIO THESIS Sexta.

DE forma seu modo perficiendæ donationis nunc videndum est. Et primo certum est, quod donatio solo perficiatur consensu, *l. si quis argentum. C. de donat. §. alia. 1. eod.* prout hoc supra sub thesi *1. lit. C. & F.* vberius ac pluribus demonstratum fuit. Ex quo euidenter colligitur, quod ad donationis perfectionem scriptura nequaquam sit necessaria. Id siquidem dicitur consensu fieri, quod nec scripturam, nec verba, nec rei traditionem, nec quicquam aliud præter consensum desiderat. *tot. tit. I de oblig. quæ ex consens.* Et quod hoc modo donatio hodie fiat, nec opus habeat scriptura, euidenter probat *l.29. C de donat.* cuius hæc sunt verba: *In extraneos & sæpe ignotos donationem collatam valere receptum est, & si sine scriptis donatum quid fuerit, adhibitis aliis idoneis documentis, hoc quod geritur comprobatur.* *Lit. A. & B. Quæ. 33. An scriptura sit necessaria ad perfectionem donationis?*

2. Idemque comprobat *l.31. C. eod. tit.* in verb. *donationibus, quæ sine scriptu conficiuntur suam firmitatem habentibus.*

3. Postremo euidentissime hoc euincit

tinet l.12. C. de fid. instrum. vbi Dioclet. & Maximin. Impp. in hæc verba rescribunt: *Non idcirco minus in vacuum inductus prædii possessionem donationis causa quod eius facti prætermissum instrumentum adseruatur, hunc obtinere potes.*

Cæterum huic sententiæ refragare videtur textus *in l. 25. C. de donat.* vbi ita scribitur: *Donatio siue directa sit, siue mortis causa instituta, siue conditione faciendi aut non faciendi suspensa, siue ex aliquo notato tempore promissa, siue animo dantium accipientiumve sententiis, quantum ius sinit cognominata, sub hac fieri debere obseruatione vt quas leges indulgent actione conditiones pactionesque contineat: Hisque penitus cognitis vel recipiantur, si penitus complacita sunt, vel reiiciantur, si sunt molesta. In conscribendis autem donationibus nomen donationis, ius ac rem notari oportet, neque id occulte aut priuatim, sed aut tabula, aut quodcunque aliud materia genus tempus dabit. Vel ab ipso, ab eo, quem sors ministrauerit, perscribatur: Acta enim annectendis, quæ apud iudicem vel magistratus conficienda sunt, vbi id leges postulant.* Ecce hic expresse ostenditur donationes esse cõscribendas, & quidnam in scriptura seu instrumento donationis obseruari debeat, ostenditur.

Et hoc fundamento moti Henricus Bocerus *tract. de donat. c.3. n. 24.* & Dionys. Gothofredo ad *l. 29. C. de donat.* statuunt quod olim scriptura ad donationem fuerit necessaria. Veruntamen refellitur isthæc opinio satis perspicue per textus *l. 29. & 31. C. eod. & l. 12. C. de fide instrum.* qui euidenter ostendunt quod scriptura ad donationem olim non fuerit necessaria.

Nec contrarium euincit *d. l. 25. C. de donat.* Nam ipse Trentlerus respondet eam legem recentiorem esse *d. l. 12.* & ideo de iure veteri nequaquam probare, quod scriptura ad donationem fuerit necessaria; sed si quid probet, hoc duntaxat demonstrare, quod iure recentiori scriptura ad donationem desideretur, quæ olim necessaria non fuerit. Et hoc ipsum conuenit cum eo quod Fr. Hotomannus in comm. *d. l. 12. C. de fid. instrum.* scribit: Hoc ius, quod nempe donatio sine scriptura perficitur fuisse ius antiquissimum, abrogatum à Constantino Imperatore *in l. 25. C. de donat.* postea vero ab Imperatore Theodosio restitutum *in l. 29. C. eod. tit.* Ita vt cum ante Constantinum Imperatorem donatio solo consensu absque scriptura perfecta fuerit, Constantinus Imperator *in d. l. 25.* hoc corrigendo sanciuerit, vt donationes in posterum in scriptis celebrarentur; Hæc vero Constantini sanctio rursus per obsequentem Theodosii constitutionem *in d. l. 29.* fuerit emendata, iusque pristinum restitutum inque vsum reuocatum, ita vt etiam sine scriptura valeret ac subsisteret donatio.

Hubertus Giphanius in Lectur. Altorphin. ad *d. l. 25.* dicit, Etsi Constantini hæc fuerit mens atque intentio, vt, iure anteriore correcto, donatio sine scriptura non perficeretur, Tribonianum tamen eam legem ita cæteris legibus accommodasse, quibusdam verbis detractis vel adiectis (vt videre est *in C. Theodos. lib. 8. tit. 5. l. 1*) vt hæc lex 25. prout hic posita est, nihil iam contineat, quod sit abrogatum: Tametsi enim Constantinus Imperator voluerit hac sua lege omnes donationes scripto fieri, Tribonianus tamen sic legem istam cæteris accommodauit vt non omnes donationes voluerit scripto celebrari: Nec enim illic dicitur, omnes donationes scripto fieri oportere, sed docetur solum qualis debeat esse scriptura, qua donatio fieri debeat. Et sanc leges Codicis omnes non ex Imperatorum anteriorum, à quibus primitus sancitæ fuerunt, sed ex solius Iustiniani Imperatoris sententia intellectum capere debent.

debent; cumque leges supra citatæ, nempe *l.12.C.de fid.instrum.l.25.& l.29.C.de donation.* omnes simul fuerint promulgatæ, ita vt nulla earum cæteris prior vel posterior dici possit, absurdum foret asserere *d.l.25* per cæteras emendari. Quocirca hanc Giphanii conciliationem *& d.l.25.*interpretationem non possum improbare, vt quæ omnem antinomiam tollat, leges ad speciem contrarias in concordiam redigat, correctionemque legum, quæ inprimis vitanda, euitet.

Cæterum quod dictum est donationem scriptura non indigere, id hanc limitationem recipit, vt si donatio 500. solidos excedat, insinuari, id est, coram competente iudice in scripturam redigi debeat. *§. alia 2. I. de donat l.si quis argentum. C. eod.* valet igitur donatio inter viuos absque insinuatione & scriptura ad quingentos vsque solidos: Vltra vero sine scriptura non valet: Olim summa, ad quam vsque donatio valebat sine scriptura erat ducentorum solidorum, referente Iustiniano *in d.§. alia.* Postea vero facta est per Iustiniani constitutionem, quæ extat *in l.34. pr. C. eod.* trecentorum solidorum, quod *in d.l.36.pr.eod.* Iustinianus emendauit, sic, vt hodie sine insinuatione ad quingentos vsque solidos subsistat.

Regula proinde hæc erit donationem inter viuos ad quingentos solidos vsque absque scriptura subsistere, quingentos vero solidos excedentem insinuationem desiderare.

Ratio autem cur donatio quæ quingentos excedit solidos insinuari debeat, hæc est, vt fraudibus eo melius occurratur, per testimonium hoc publicorum actorũ, ne sc. quis aut fingat donationes nunq̃ factas, aut recte factas neget, neue quis donet facile aliena: Et vt effusio bonorum per donationes, quæ, si clam fiunt, sæpe aut blanditiis, aut metu, aut viuo temeritate quadam atque inconsulto animo sæpe fiunt, coerceantur, ne scilicet ciues in paupertatem huiusmodi effusionibus incidant, contra vtilitatem Reip. cuius interest habere ciues locupletes & rebus suis non abuti *§.fin.I de his qui sui vel alieni.*

Etsi vero æstimatio siue valor solidorum non eadem ratione ab Interpp. iuris æstimetur, tamen illud verissimum est & extra omnem controuersiam positum, quod solidus in iure nihil aliud quam aureum significet *l. fin. ff. de in ius voc.* vbi Iason. *n.2.* Aureorum vero 72. vnam liberam auri faciunt per textum *in l quotiescunque. ff.de susceptoribus & arcar. lib.10.* Guid.Papæ *decis. 492. n. 2.* Budæus *lib.3.& lib.5.de asse.* Didac.Couarru.*de vet. numismat.c.3.* Andr.Gail.*2.obseruat. 39. n. 1.& 2.* Hubertus Giphanius *in lectur. Altorphin.ad l. 25. C.de donat.* Atque de istis aureis legalibus intelligendas esse *d. l. Sancimus 34. & d.l.vltim. C.de donat.* disponentes donationem quingentos solidos excedentem insinuandam esse, ait Gailius *d loco.* vbi in praxi hæc diligenter notanda esse monet propter aureorum differentiam, quia in singulis propemodum prouinciis aurei variantur: Vnde porro dicit, si aurei aliqua in regione sint minoris valoris & variati in bonitate intrinseca, ita vt 72. aurei non conficiant libram, tunc reducendos esse ad valorem legalem, siue ad aureos legales: Ac proinde contingere posse, vt valeat donatio etiam vltra quingentos aureos, videlicet si in loco contractus vel factæ donationis non sint tales aurei, quorum 72. conficiant libram. Hinc & Iason, citante eum Andrea Gailio, testatur se ita in facto obtinuisse & *in l. fin. ff. de in ius vocand.* asserit, quod considerato valore legali hodie donatio vltra 700. valere possit absque insinuatione.

Quæ. 34. *Æstimatio, siue valor solidorum quinam sit?*

Equidem Wesenb. *in paratitl. de donat.n.6.& in not.ad Sneidewin.§.2.n.24.I. de do-*

de donat. ait valorem aurei vngarici solido Iustinianeo correspondere; Id quod & Autor noster hic probare videtur, verũ Andreæ Gailii sententia veritati iuris & æquitati propior esse videtur.

Et quanquam cum Mynsingero & Köpen Treutlerus noster tradit, in Germania ex inueterata consuetudine per solidum intelligi aureum Rhenanum, tamen cum de donatione insinuanda agitur ad solidos Iustinianeos summa donationis etiam in Germania redigenda erit, prout erudite tradit Gailius *d. loco.*

Quæ. 35. *In quibus casibus valet donatio vltra 500. solidos sine insinuatione?*

Regula porro ista de donationis insinuatione suas patitur exceptiones, ac primo fallit in donatione mortis causa: Hanc enim insinuatione nulla indigere, expresse sancitum est *in l. vlt. C. de donat. mort. caus.* cuius verba ita habent: *S imimus omnes mortis causa donationes, siue instanta mortem facientis fuerint celebrata, siue longiore cogitatione mortis subsecutæ sunt, actu minime indigere, Neque expectare publicarum personarum præsentiam, & ea quæ super huiusmodi monumentis solent adhiberi: sed ita res procedat, vt si quinque testibus præsentibus vel in scriptis, vel sine literarum suppositione, aliquis voluerit donationē mortis causa facere, & sine monumentorum accessione res gesta maneat firmitate vallata, & nullam propter hoc calumniam accipiat propter hoc quod gesta non accesserunt.*

Et hanc constitutionem vlterius confirmat Nouell. 87. Et ratio etiam huius exceptionis perspicua est, quod nempe ratio qua insinuationem niti supra ostensum est, in mortis causa donatione aperte deficiat. Cum enim hæc donatio post mortem demum donantis vires accipiat, verendum non est, vt profusione eius ad paupertatem atque inopiam donans redigatur.

Secunda exceptio est in donationibus ab Imperatore non solum in vxorem, sed etiam in omnes & quosuis priuatos facta: Exceptio hæc fundatur *in l. 34. vers. exceptis C. de donat. l. 26. C. de donat. int. vir. & vxor. l. vltim. in fin. C. de quadrienn. præscript. l. Illud. C. de SS. Eccles.*

Tertia exceptio est in donatione Imperatori à quocunque etiam priuato facta *Authent. Item & à priuatis. Cod. de donat.* Ratio autem secundæ & tertiæ huius exceptionis est, quod princeps legibus ciuilibus, quales sunt, quæ insinuationem donationis requirunt, solutus est *l. princeps. ff. de legib.* Deinde quia principis contractus & conuentio Lex est ac pro iure & lege habenda, quoad ciuilia, quæ continet *d. l. 26. Cod. de donat. int. vir. & vxor.* Denique quia in principe donante ratio superior, ob quam insinuationem donationum requiri dictum est, aperte deficit.

Quæst. 36. *Vtrum priuilegium Imperatoris de non insinuanda donatione ad inferiores principes extendendum?*

Sed num hoc quod de Imperatore sic constitutum est, ad Principes quoque inferiores, veluti Duces, Marchiones, Comites, Barones superiorem recognoscentes extendi & porrigi debeat? quæstionis est admodum controuersæ: Et quidem Iacob. Cuiacius *consult. 3. in fine* Sneidewin. *ad d. §. 2. n. 31.* Sichard. *ad l. 34. n. 19* diserte scribunt, quod donatio principum, superiorem recognoscentium, absque insinuatione minime subsistat, & donationem hanc reddunt, quod *in d. l. 34. & Authen. Item & à priuatis*, solum excipiat Imperatorem, princeps autem inferior nusquam exceptus reperiatur; & ideo sub regula contineri censeatur; Et ait Cuiacius, Iustinianum se duntaxat excipere, non etiam reges & principes cæteros, quibus ipse iura dabat, quorumque non pauci subiecti fuerint Imperio Iustiniani, voluisse.

Cæterum Bartolus in contraria est sententia: Tum quia principes Imperii legibus mere ciuilibus ac positiuis sint soluti, vnde etiam testamentum, spretis solennitatibus ciuilibus, conficere possunt; Tum quia donationem facere,

illamque insinuare sunt iurisdictionis voluntariæ, non contentiosæ: Quæ autem sunt voluntariæ iurisdictionis, possunt perfici ac peragi coram eo ipso, qui actum facit, nec requiritur alius superior *argum. l. si consul. ff. de adopt.* Nam & consul filiusfam. potest se emancipare coram se ipso, cum alias emancipatio fiat apud iudicem: Sic posset se dare alicui in arrogationem coram se ipso, quia hoc est voluntarium non contentiosum. Tum quia ratio ob quam supra dictum est, Imperatoris donationem à necessitate insinuationis excipi, locum æque habet in donatione ab inferiori aliquo principe facta.

Tum quia quisque princeps Imperii est sua in prouincia Imperator, ita vt quod Imperator facere potest in Imperio, idem princeps quisque possit suum intra principatum facere.

Ego tamen quatuor hisce rationibus non obstantibus priori sententiæ Treutleri nostri subscribendum censeo.

Ad primam vero rationem respondeo negando, quod princeps Imperii Imperatorem superiorem recognoscens solutus sit legibus ciuilibus ab Imperatore præscriptis, vt quæ generales sint, & omnes, ipso duntaxat Imperatore excepto, ad sui obseruantiam obligent, *l. 3. & l. 9. Cod. de LL.* Id quod etiam Cuiacius *d. loco* diserte profitetur, dum ait: Iustinianum leges etiam illis principibus dedisse ac præscripsisse, qui tunc imperio subfuerint. Quod autem principem inferiorem omissis solennitatibus testamentum condere posse dicitur, id falsum proculdubio est & omni fundamento destituitur.

Ad secundum argumentum respondeo consequentiam negando: Vt enim ponatur donationem principis excedentem 500. solidos coram ipso principe donatore fieri posse, exinde tamen non recte inferetur; quod insinuatio donationis omitti queat: Fieri quippe poterit coram ipso principe, sed debita cum insinuatione, sic nempe vt in scripturam & acta publica nihilominus redigatur: Deinde ab emancipatione & adoptione ad donationis insinuationem non procedit hoc loco argumentum: Nam ideo emancipationem & adoptionem coram se quisque magistratus expedire potest; quia hæc nihil præter præsentiam desiderant siue magistratus siue iudicis: *l. 2. & 3. ff. de offic. procons.* At donationis insinuatio etiam causæ cognitionem desiderat: Deinde præsentia magistratus est nuda ac mera emãcipationis & adoptionis solennitas: At insinuatio est donationis quingentos solidos excedentis forma ac substantiale requisitum, Giphanius in lectur. Altorphin. ad *l. 25. n. 16. C. de donation.*

Ad Tertium resp. rationem insinuationis in principe inferiore nõ omnino deficere, siquidem & ipse fraudibus & dolosis machinationibus circumueniri & ad donandum induci posset, si non coram superiore fieret insinuatio. Deinde fieri quoque posset, vt nimia profusione & liberalitate bona sua & facultates ita exhauriret, vt ad paupertatem & inopiam redigeretur. Denique non sufficit rationem exceptionis in aliquo locum habere ad hoc, vt ad eundem ex paritate rationis exceptio extendatur, arg. *l. sed & quod principi placuit. I. de Iure Nat. Gent. & ciuil. l. quod vero. ff. de LL. l. quod contra ff. de R. Iur.*

Quartum quoque argumentum exigui est momenti: Falsissimum siquidem est principum istud vulgare, quod quisque princeps in sua ditione ac territorio tantum possit, quantum potest Imperator in imperio. Regner. Sixtinus *lib. 1. de Regalibus c. 5. n. 121. & seqq.* Corneus *consil. 200. n. 19.*

Relinquitur proinde solius Imperatoris

toris Romani donationem non etiam cæterorum Imperii principum, hoc gaudere priuilegio, vt immunis sit ab insinuandi necessitate.

Quarta exceptio est in donatione redimendorum captiuorum gratia facta *l. penult. pr. C. de donat.*

Quinta est in donatione rerum mobilium à magistro militum facta militi *d. l. penult. versic. similit.*

Sexta est in donatione ad refectionem domus incendio aut ruina corruptæ facta *d. l. penult. vers. eandemque.*

Septima exceptio est in donatione à Monacho monasterio facta *l. 38. C. de episcop. & Cleric.*

Octaua est in donatione propter nuptias, quæ ex parte mulieris insinuatione non indiget, quamuis ex parte viri, quatenus videlicet is ex dote captat lucrum, insinuationem requirat, *Nou. 127.*

Nona est in dote aduentitia *l. vlt. C. de iur. dot.*

Decima est in donatione parentum in liberos, itemque in donatione inter virum & vxorem, non omni tamen, sed ea tantum, quæ cum initio non valeret, postea fuerat à patre in testamento aut codicillis expresse & nominatim confirmata *l. 25. §. fin vero C. de donat. int. vir. & vxor.* Et hæc ratio huius exceptionis hæc est, quod hæc confirmatio in testamento & codicillis talem donationem faciat similem donationi causa mortis. Verum de hac exceptione infra sub lit. G.

Quæ. 37. *An donatio ad pias causas facta indigeat insinuatione?* Illud hic silentio prætereundum non est, de donationibus ad pias causas factis, vtrum sc. vltra 500. solidos absque insinuatione hodie valeant, valde controuerti? Et quidem non desunt, qui hoc affirment, idque duplici de causa.

1. Quia pia causa siue Ecclesia dicitur paribus passibus cum fisco ambulare: At dictum est supra Imperatorem seu fiscum hoc gaudere priuilegio, vt donationes ipsi factæ, quantæcunque etiam fuerint, opus insinuatione non habeant.

2. Quia cum olim donatio ad pias causas subsisteret vltra trecentos solidos absque insinuatione *l. 19. C. de SS. Eccles. l. Sancimus 34. §. 1. Cod. de donat.* cum adhuc cæteræ donationes trecentos solidos excedentes, insinuationem desiderarent, idcirco postquam hodie quæuis donationes ad quingentos solidos sine insinuatione valeant, *d. l. 36. C. de donat.* dicendum videatur donationis ad pias causas quantitatem multiplicari, ita vt etsi excedat 500. solidos, tamen sine insinuatione valeat.

Cæterum mihi sententia contraria, quam & Anton. Gomez. *lib. 4. variar. resolut. tom. 2. c. 4. n.* 10. Iohannes Sichardus ad *l. 34. num. 20. Cod. de donat.* Henric. Bocer. *c. 3. num.* 20. Sneidewin. ad *§. alia 2. n. 21. I. de donat.* amplectuntur, ad veritatem propius accedere videtur.

1. Quia in *l. 19. C. de SS. Eccles. l. 34. §. 1. l. 35. §. fin. versic. tanto. Cod. de donat.* expresse sancitur, donationem ad pias causas factam, ad quingentos solidos sine insinuatione valere, vltra quingentos autem solidos non valere: At hoc ius hodie nulla constitutione est mutatum. Ergo adhuc stare censetur. *l. præcipimus. C. de appellat.*

2. Quia in *l. 36. C. de donat.* regula ponitur quod hodie donationes valere debeant ad quingentos solidos sine insinuatione, non vero vltra 500. solidos. Subiiciuntur huic regulæ aliquot exceptiones, inter quas non habetur donatio ad pias causas facta. Igitur exceptiones istæ regulam confirmant etiam in hoc præsenti casu specialiter non excepto.

3. Exceptiones & priuilegia non solent absque legis authoritate beneficio

SS 2 diui-

diuinationum vel quarumcunque rationũ induci, *arg.*§ *sed & quo principi I.de Iure Nat. Gent. & Ciuil.* sed opus est lege & Imperiali constitutione expressa.Iam vero nulla est lex quæ hoc priuilegium tribuat donationi ad pias causas factæ, quod quingentos solidos excedens non sit insinuanda.

4. Accedit his quoque & ista ratio quod etsi magnus sit fauor piarum causarum & Ecclesiarum, quia tamen hæc solennitas propter publicam vtilitatem introducta est, nec videlicet fraudes committantur & homines decipiantur, *l.data. C. de donat.* idcirco insinuatio ad hasce etiam donationes, quæ ad pias causas fiunt, necessaria est. Ecclesia quippe cultrix & auctrix iustitiæ non patitur aliquid contra iustitiam fieri in se vel in alterum, vt dicitur *in cap.1.de alienat.feud.in vsib.feud.*

Hisce vero fundamentis parum admodum resistunt, quæ supra allata fuerunt.

Nam quod primo loco dicebatur fiscum & pias causas eodem vti iure ac paribus passibus ambulare, id per omnia verum non est, nec in casibus, iure diserte non expressis, procedit: Absurdum siquidem foret priuilegia specialiter fisco tributa, ad Ecclesiam vel pias causas porrigere *l quod vero. ff. de Legibus. l. quod contra ff.de Reg.Iur. §.sed & quod principi, I. de Iure Nat. Gent. & Ciuil.*

Ad secundum respondetur consequentiam eius negando: Etsi enim olim donatio facta priuato valebat sine insinuatione vsq; ad 200. aureos, eoq; tempore valebat donatio facta ad pias causas vsque ad 500. aureos. Ita vt Ecclesiæ vel piæ causæ habuerint priuilegium in 300. aureis: Non tamen quia hodie etiam priuato sine insinuatione donari potest ad aureos vsque ex eo sequetur, quod liceat hodie donare ad pias causas sine insinuatione ad 800. aureos, quia nullibi hoc lege cauetur, nec, vt dixi nostrum est, exceptiones fingere & ex quibuscunque rationibus extruere. Erubescimus enim absque lege loqui, *Nov.* 18. § *consideremus.*

De iurata porro donatione, anne si excesserit supra dictam summam 500. solidorum, insinuanda veniat, mire digladiantur Iuris Interpp. Quæ. 38. *An iurata donatio valeat absque insinuatione.*

Et quidem Andr. Gail. *lib. 2. obseruat.* 39. Guido Papæ *decis.* 350. Iulius Clarus *lib.* 4. *sent.* §. *donatio. q.* 18. Iason. *consil.* 51. *num.* 3. *volum.* 1. Imola *in cap. cum contingat. extr. de iureiur.* Anton. Gomezius *tom.2.c.4.num.*8. statuunt, si donator sua donatione excedens quingentorum solidorum summam iuret nolle se donationem istam, etiam quoad excessum reuocare, valere donationem huiusmodi sine vlla insinuatione. Rationes & fundamenta, quibus hanc sententiam tuentur, sunt ista:

1. Iuramentum, inquiunt, super donatione non reuocanda præstitum, tale est, quod absque dispendio salutis æternæ obseruari potest, ideoque secundum Canones (quibus in materia iuramenti standum per textum *in cap. licet mulieres de iureiur.*) religiose sancteque seruandum, quia iuramentum dicitur species religionis *l. Neque. pr. ff. de fideicomm. libert. cap Etsi Christus. de iureiurando. Cic. lib. 1. de officiis.* vbi dicit nullum vinculum iuramento præstantius esse.

2. Deinde huiusmodi iuramentum non est contra bonos mores iuris Canonici: Aliter enim boni vel mali mores iure Canonico considerantur, aliter iure ciuili: Iure enim Canonico prohibitio iuris ciuilis non attenditur, quando iuramentum super eo, quod absque dispendio salutis æternæ seruari possit, interponitur. *cap. cum contingat. extr. de iureiur. c. quamuis de pact. in sext. Authent. Sacramenta puberum, C. si aduersus vendit.* Nam de iure Canonico illud contra bonos

nos mores esse intelligitur, cuius obseruatio nutrit peccatum, & per consequēs in dispendium salutis æternæ vergit, quando videlicet iuramentum præstatur super eo quod turpitudinem aliquā in se continet, aut principaliter est contra vtilitatem publicam.

Et hanc sententiam dicit Clarus procul dubio esse communem, nec ab ea consulendo, respondendo vel iudicando recedi posse.

Cæterum vtut communiter approbata sit isthæc sententia, mihi tamen nunquam satis tuta aut vera visa fuit.

1. Quia iusiurandum est testificatio quædam siue appellatio nominis diuini: At nomine diuino abuti non licet contra legitimas magistratuum sanctiones & iura: Non licet, inquit Iustinianus, *in Nouell. 51.* abuti nomine Dei ad euertendam formam Reip. quæ reuera tunc euertitur, quando eluduntur & euertuntur bonæ leges, & sanctiones, quæ sunt Reip. fulcrum ac fundamentum longe firmissimum.

2. Quia insinuationis solennitas inter alia idcirco requiritur, vt fraudibus obuietur, quibus immensæ donationes extorquerentur: Quod si igitur iuramētum absque insinuatione donationem 500. solidos excedentem confirmaret, fraudibus fenestram aperiret & delinquendi præstaret occasionem & iniquitatis existeret vinculum, quod tamen nullo modo fieri debet. *cap. Non est obligatorium de R. Iur. in sext. c. quanto de iureiur. c. inter cætera q. 4. caus. 21.*

3. Quia, si iuramentum confirmaret donationem immensam absq; insinuatione, iam vna via concederetur, quod alia esset prohibitum: Permitteretur enim per obliquum, quod directo fieri non posset, contra *l. scire oportet, §. 1. ff. de tut. & curat. dat. c. cum quid vna de R. Iur. in sext.* & nota est regula, vno prohibito, alia omnia per quæ ad illud peruenitur, prohibita esse. *cap. præterea. de offic. iudic. deleg.*

4. Quia nec valet renunciatio etiam iurata, si facta sit contra legem certam solennitatem requirentem, *l. nemo potest. ff. de legat. 1.*

5. Quia insinuatione necessitas publicæ vtilitatis gratia introducta est: Interest enim Reip. ne quis re sua male vtatur. Iam vero iuramentum quod vergit in priuati alicuius, nedum Reip. detrimentum, non est obligatorium *c. cum contingat. extr. de iureiur. c. quamuis de pact. in sext.*

Non valde mouent quæ pro communi opinione sunt adducta: Iuramentum siquidem istud, de quo disserimus, non est tale, quod bona conscientia seruari possit: *Tum* quia bonis aduersatur moribus, & fraudibus viam præparat, vt supra ostensum fuit.

Tum quia legibus ciuilibus quæ Dei sunt ordinatio & fulcrū Reip. quibusq; propter conscientiā obtēperandū est, *c. 13. ad Rom.* è diametro aduersatur, *Tū* quia Remp. lædit, inq; eius præiudiciū tēdit.

Ad secundum respōdetur primo istam distinctionem inter ea, quæ sunt contra bonos mores iuris ciuilis, & ea, quę sunt contra bonos mores iuris Canonici, esse purum putum figmentum Canonistarum omniq; iure destitui. Deinde ea præsupposita, falsa est hypothesis ista, quod iuramentū impræsentiarū sit eius generis, quod possit bona cōscientia seruari. Contrariū quippe supra euidētissime demonstratū fuit, ex quo patet, ꝙ iuramentum tale etiam bonis moribus iuris Canonici repugnet. Denique nec illud iuramentum obseruari debet, quod repugnat bonis mor. b. iur. s ciuilis, vt ex iis, quæ ad præcedēs argumentū respōsa sunt, luculenter patescit. Vide etiā quæ dicta sunt supra *hac disp. thes. 30. lit. A.* Lit. G.

Illud obseruatu dignum hic est, quod donatio quingentos solidos excedens,

nec debito modo insinuata, non in totum sed quoad excessum duntaxat vitietur, ita vt si donati sint 600. solidi, donatio in solidum, quoad 600. istos solidos non rescindatur, sed pro quingentis valeat, pro reliquis duntaxat 100. infirmetur: Id quod à Iustiniano Imperatore *in L.34.C.de donat.* expresse constitutum est, dum illic hæc in verba scribitur: Si quid autem supra legitimam definitionem fuerit donatum; hoc quod superfluum est, tantummodo non valere, reliquam vero quantitatem, quæ intra legis terminos constituta est in suo robore perdurare, quasi nullo alio penitus adiecto, sed hoc pro non-scripto vel non-intellecto esse credatur. Et fundamentum huius consistit in vulgari ista iuris regula, quod vtile per inutile non debeat vitiari, maxime si vtile ab inutili separari possit *c. vtile. de Reg. Iur. in sext. l. Eum, qui ita. ff. de verbor. oblig.* Andr. Gail. 2. *obseruat.* 5. *num.* 8. Iulius Clarus *lib. 4. sentent. §. donatio. q. 17. n. 2.* Hubert. Giphanius ad *L. 34. num. 4. C. de donat.*

Quæst. 39. *An donatio inter coniuges itemque inter parentes & liberos facta sit insinuanda?*

Obiter hic annectit noster Treutlerus donationem inter parentes & liberos ad 500. solidos citra insinuationem non minus atq; cæteras donationes valere, (quod tamen iuxta ea, quæ supra *sub. thes. 3. Lit. D.* dicta fuerunt, intelligi oportet) vltra 500. solidos sine insinuatione non valere: Id quod etiam Imperator *in l. 25. C. de donat. int. vir. & vxor.* expresse constituit; *Donationes*, inquiens, *quas parentes in liberos cuiuscunque sexus in potestate sua constitutos conferunt, vel vxor in suum maritum, vel maritus in suam vxorem, vel alteruter eorum in aliam personam, cui constante matrimonio donare non licet, vel alia persona in eam, cui donare non poterant: Ita firmas esse per silentiũ donatoris vel donatricis sancimus, si vsq; ad quantitatẽ legitimã vel eã excedentes actis fuerint intimatæ: Nam amplioris quantitatis donationem minime intimatam, nec per silentium eius, qui donauit, confirmari concedimus.*

Quin etiam *in l. 27. C. de donat.* expressis verbis hoc sancit Constantinus dum ita scribit: *Data iam pridem lege statuimus, vt donationes interueniente actorum testificatione confiiantur, quod vel maxime inter necessarias coniunctasque personas conuenit custodiri. Siquidem clandestinis ac domesticis fraudibus facile quiduis pro negocii opportunitate confingi potest, vel id quod vere gestum est, aboleri. Cum igitur nec liberos quidem ac parentes lex nostra ab actorum confectione secernat, id quod necessario super donationibus apud acta conficiendis iam pridem statuimus vniuersos teneat: gesta autem confici super rebus, etiam alibi collatis, vbicunque sufficit.*

Equidem videbatur insinuatio parentibus ac liberis, vxori & marito, vtpote coniunctissimis personis, remittenda, quemadmodum ipsis remissa fuit mancipatio vel traditio per constitutionem D. Pii *in l. Diui C. Theos. de donat.* Cæterum superioribus legibus contrarium decisum fuit, quia insinuationis causa est, vt fraudes vitentur, *d. l. 27.* At nusquam est maior fraudis occasio, quam inter coniunctas personas: Ideoque ibi minime remittenda est insinuatio. Et hoc est quod Constantinus ait *in d. l. 27.* clandestinis ac domesticis fraudibus facile quiduis confingi posse, Iacob. Cuiac. *lib. 20. obseruat. 2.* & ad Iul. Paulum 4. *sent.* 1. § 10. Hubert. Giphan. ad *d. l. 27. C. de donat.* Henric. Bocerus *de donat. c. 3.*

RESOLVTIO THESIS *Septimæ.*

Effectus donationis perfectæ hic est, vt obligationem pariat, qua donator ad rem donatam donatario tradendam obligetur *l. 35. C. de donat. §. Alia. I. eod. Nouell. 162. c. 1.* Sed nunquid præcise ad rem ipsam tradendum obligetur, an vero libere tur præstatione eius dubitatur.

Quæ. 40. *An donator præcise obligetur ad rem ipsam tradendã?*

Pro

Pro Negatiua sententia, quod sc. non præcise ad tradendum teneatur donatarius, facit 1. quod in §. Alia. I. de donat. diserte traditur, donationem ad exemplum venditionis in se necessitatem traditionis habere. Iam vero notum est ex l. 11. §. 2. innd. §. 9. ff. de act. empt. quod non præcise teneatur ad tradendum rem venditam venditor.

2. Deinde quod is, qui ad tradendum obligatus est, liberetur præstatione eius quod interest, hac etiam ratione probatur quod donator ad tradendum sese obligarit, id autem ex quacunque conuentione præstandum sit ad quod quisque sese obstrinxit pr. I. de oblig.

3. Insuper cum interesse nulla penitus in conuentione donationis facta fuerit mentio, ratio nulla est quæ suadeat præstatione interesse liberari donatorem cum solutio eius demũ, quod debetur liberationem pariat. Sed de hac quæstione admodum intricata aliquoties hactenus plene dictum fuit; Igitur de illa plenius hic deserere supersedeo.

Quæ. 41. *Quænam actio competat donatario de re donata?*

Cæterum quænam actio donatario competat ad rem sibi donatam à donatario exigendam quæstionis est. Et quidẽ si pura est & simplex donatio, verius est quod condictio ex lege. Pro qua sententia est etiam textus expressus in Nou. 162. c. 1. vbi hæc in verba Iustinian. Imperator scribit: Et traditionem ipsam, si interuenit dare ipsi exceptionem siue non interuenit præbere & exactionem; siquidem stipulatio interuenit per ex stipulatu, sin minus per ex lege condictitia ad consequendum id, quod donatum est.

Et sane notissimum est condictionem ex lege totiens competere, quotiẽs lege aliqua noua introducta est obligatio, nec eadem lege proditum, qua actione sit experiundum, l. vnic. ff. de cond. ex lege. At Iustiniani noua constitutione, quæ extat in l. si quis argentum. C. de donat. & allegatur in §. Alia. 2. I. eod. tit. obligatio ciuilis ex donatione introducta est, nec eadem lege proditum est, quanam actione agendum sit de re donata. Consequens proinde est quod condictio ex lege rei donatæ nomine competet.

Falsum proinde quod Anton. Contius lib. 1. disput. iuris ciuil. c. 12. scribit, à Iustiniano Imperatore actionem quæ ex donatione competat, expressam non esse, cum & textus adsit apertus & ratio in promptu sit euidentissima, quæ condictionem ex lege ex donationis conuentione competere doceant.

Equidem si res, stipulatione mediante, donata fuerit, ex stipulatu actionem competere non solum per se euidentissimum est, sed etiam aperte confirmatur d. Nouell. 162. c. 1. Si stipulatio non est pura ac simplex, sed ob causam facta, ita vt vicissim quippiam detur aut fiat, tum causa ista, ob quam facta est donatio, secuta conuentioneque ex parte donatarii adimpleta, quia conuentio in contractum facio vt des, vel do vt des incidit, idcirco donatario datur de re donata actio præscriptis verbis l. 5. ff. de præscript. verb. act.

Illud hic quoque obseruandum est, quod actio ex stipulatu, vel condictio ex lege donationis nomine contra donatorem competens, vna sit ex illarum actionum numero, quibus conuenti non in solidum, sed tantum quod facere possunt, tenentur.

Qua de re textus est in l. 12. ff. de donat. vbi Venuleius: *Qui ex donatione, inquit, se obligauit, ex rescripto D. Pij quantum facere potest conuenitur: sed enim id quod creditoribus debetur erit detrahendum: Hæc vero de quibus ex eadem causa quis obstrictus est, non debebit detrahere.*

Idem

Idem quoque Hermogenianus *in l. 33. eod. tit.* his verbis expressit: *Sed & condemnatus ex causa donationis in actione iudicati non frustra desiderat, in quantum facere potest, conueniri.*

Quibus adstipulatur quoque Paulus *in l. 19. §. 1. ff. de Re iud. ii quoque*, inquiens, *qui ex causa donationis conuenitur, in quantum facere potest, conuenitur, & quidem is solus deducto ære alieno.* Denique subscribit his & Vlpianus *in l. 28. ff. de Reg. Iur.*

Et sane cur in solidum non sit condemnandus donator, sed in id duntaxat, quantum facere potest, eius iuris ratio & æquitas est naturalis, quæ postulat vt cum liberali & bene merito agatur liberaliter, ne scilicet, quis ob liberalitatem suam egeat, vel, vt Triphonius ait, ne liberalitate sua inops fieri periclitetur *l. 49. ff. de Re iudicat.*

Cæterum sic demum donator in quantum facere potest conuenitur, si prius æs alienum, siue id quod donator aliis debet, deductum fuerit, *d. l. 12. ff. de donat. l. 19. §. 1. ff. de Re indicat.* Cur autem prius debita detrahuntur seu deducuntur, & postea demum donatarii habetur ratio, causa hæc est, quod id demum nostrum est, quod deducto ære alieno superest; Donatio autem, nisi quatenus res nostra est, non valet. Quemadmodum & in legatis ac fideicommissis est receptum, vt æs alienum prius detrahatur. Giphanius ad *d. l. 12. ff. de donat n. 5.* Deinde & hæc adduci potest ratio, quod in præiudicium creditorum nihil potuit à debitore donante fieri, quoniam alteri alterius facto non debet iniqua conditio inferri. Vulteius ad *§. sunt præterea. n. 9. I. de act.*

Obseruandum porro est esse hoc plane speciale in donatore, quod conueniri potest deducto demum ære alieno: Cæteri namque debitores, qui itidem in id solum, quod facere possunt, condemnantur, conueniri non deducunt prius alienum *l. 16. iunct. l. 19. §. 1. in verb & quidem is solus, deducto ære alieno. ff. de Re iudic.*

Ratio huius est ista, quod donatarius de lucro certat, & ex causa lucratiua litigat, alius vero creditor certat de vitando damno, atque ex causa onerosa litigat: Magis autem fauetur ex causa non lucratiua agenti, vt creditori, quam agenti ex causa lucratiua, vt donatario. In causa proinde non lucratiua melior est causa occupantis *d. l. 19. ff. de Re iudic.* Hæc ratio deficit, quotiens is, qui in solidum condemnari non potest, conuenitur ab alio creditore quam donatario. Proinde mirum non est quod in donatione sola deducitur æs alienum.

Illud præterea notandum, quod, donatario contra donatorem agente, etsi prout modo est dictum, æs alienum deducitur, non tamen detrahatur id, quod alii ex eadem causa, scilicet donationis debetur, *d. l. 19. §. 1.* Et ratio est, quia inter pares, id est, ex eadem causa lucratiua petentes vel litigantes occupantis melior est conditio, vnde si duo sint, primus & secundus, quibus singulis ex donationis causa 50. debentur, si primus petit sua 50. donator non poterit deducere, aut rationem habere eorum, quæ donationis causa promisit secundo.

Et hactenus de donatione inter viuos constituenda, deque constitutæ vi & effectu. Restat vt quibus modis semel recte & legitime contracta, reuocetur ac dissoluatur, videamus. *Lit.* C.

Et de donationis inter viuos reuocatione hæc tenenda est regula: *Donationem legitime perfectam reuocari non posse;* quæ regula fundatur *in §. alia. 2. I. de donat. l. 17. C. eod. & l. 2. & l. fin. C. de reuoc. donat.*

Nec obstat exemplum donationis mortis causa, quam ex sola pœnitentia ac pro donationis arbitrio ex nulla etiam

iam præcedente causa reuocari posse constat. §. *1. I. de donat.* & dicetur infra sub *thesi final. Lit. F.*

Nam diuersissima ratio est & conditio donationis inter viuos & donationis mortis causa, quando de reuocatione illarum agitur: Donatio enim inter viuos est conuentionis quædam species, ex qua statim ius aliquod, hoc est, obligatio acquiritur donatario §. *Alia. I. de donat.* & ideo de ea tenenda est regula, prodita de conuentionibus & obligationibus, quod ab initio quidem liberæ sint voluntatis, sed ex post facto fiant necessitatis: Ita quippe Impp. *in l. sicut 5. C. de oblig. & act. Sicut*, inquiunt, *initio libera potestas vnicuique est habendi vel non habend. contractus, ita renunciare semel constitutæ obligationi, aduersario non consentiente, nemo potest. Quapropter intelligere debetis voluntariæ obligationi semel vos nexos ab hac non consentiente altera parte, de cuius precibus fecistis mentionem, minime posse discedere.*

Donatio autem mortis causa non habet naturam contractuum, siue conuentionem, sed vltimarum potius voluntatum: dicitur quippe legatis per omnia esse exæquata. §. 1. I. *de donat. l. fin. C. de donat. mort. caus.* De legatis autem cæterisque vltimis voluntatibus hæc traditur regula, quod ambulatoria sit voluntas defuncti vsque ad vitæ supremum exitum *l. 4. ff. de adim. legat. l. 2. ff. testam. quemadm. aper.* Ratio huius diuersitatis quænam sit ex iam dictis liquet, quod nempe donatio inter viuos consensu vtriusque & donantis & donatarii statim perficiatur, nec aliquo suspendatur euentu: Donatio autem mortis causa ante mortem donantis non plenam sortiatur perfectionem, sed euentu, sc. morte donantis, suspendatur *d. §. 1. I de donat.* Vnde ex donatione inter viuos statim acquiri donatario ius aliquod. §. *alia. 2. I. de donat.* quod ei inuito amplius auferri nō potest, *l. Id quod nostrum. ff. de R. Iur.* At ex donatione mortis causa non statim donatario ius quæritur, sed demum post mortem eius, *d. §. 1.*

Cæterum duæ sunt causæ, ex quibus donatio inter viuos pura & simplex reuocatur, *Ingratitudo* donatarii erga donatorem: & *superuenientia liberorum*: De priori hoc tenendum est, non ex qualicunque donatarii ingratitudine, sed ex insigni atque enormi duntaxat reuocari donationem. Vnde & Iustinianus *in l. fin. C. de reuocand. donationibus*, certas quasdam easque grauiores determinauit ingratitudinis causas ex quibus procederet donationis reuocatio: Illarum autem sunt quinque: I. Atrox iniuria verbalis. II. Pulsatio siue verberatio. III. Magni damni illatio. IV. Periculum vitæ, siue insidiæ in vitam donatoris. V. Pactorum siue conuentionum donationi impositarum inobseruatio, siue contemptus eorum & negligentia. *Lit. D. Quæ. 42. Quænam & quot sint causæ ingratitudinis ex qua donatio reuocatur?*

Ita quippe sonant verba *d. l. fin Generaliter sancimus omnes donationes, lege confectas, firmas illibatasque manere, si non donationis acceptor ingratus erga donatorem inueniatur, ita vt iniurias atroces in eum effundat, vel manus impias inferat, vel iacturæ molem ex insidiis suis inferat quæ non leuem sensum substantiæ donatoris imponat, vel vitæ periculum aliquod ei intulerit, vel quasdam conuentiones, siue in scriptis donationi impositas, siue sine scriptis habitas, quas donationis acceptor spopondit, minime implere voluerit, &c.*

Nec aduersatur, quod in *Nouell. 22.* tres tantum causæ ingratitudinis, ex quibus reuocari posset donatio, recensentur, nempe Pulsatio siue verberatio; Magni damni illatio & periculum vitæ, siue insidiæ in vitam donatoris.

Bene enim respondet Giphanius textum istum in matre secundo nubente duntaxat locum habere, ad cæteros vero

TT dona-

Quæ. 43. An præter causas in l. final. C. de reuoc. donat. recensitas, alia sint admittenda?

donatarios non pertinere. Sed vtrum præter illas quinque causas supra recensitas, aliæ plures admitti debeant, quæri solet?

Equidem Accursius, Cynus & Salicetus *in d. l. fin.* quascunque alias his similes vel æquales admiserunt, quibus subscribunt Nicol. Moz. *de donat. columnn. vltim. n.* 58. Menoch. *arbitr. iudic. quæst. c.* 130. *num.* 3. Iulius Clarus *lib. 4. sent.* §. *donatio. q. 21.* vbi hanc opinionem dicit communem. Anton. Gomezius *variar. resolut. tom. 2. c. 4. n. 14.* Mouentur autem his argumentis.

Primo, aiunt, reuocari posse donationem, si donatarius donatorem omnium vel maioris partis bonorum, facultatibus lapsum alere recuset; Hanc enim insignem esse ingratitudinem & illi prope, qua quis donatori impias infert manus, comparandam, quia *si non pauisti, occidisti*: At hanc à quinque illis *in d. l. fin.* recensitis, diuersam atque distinctam esse, manifestum est.

2. In *l. 6. §. 1. ff. de agnosc. & alend. lib.* expresse reuocatur donatio, si donatarius donatorem ad paupertatem redactũ alere recuset: Verba legis hæc sunt: *Imperatoris Cõmodi constitutio talis profertur: Cum probatum sit contumeliis patronos à libertis esse violatos, vel illata manu atroci esse pulsatos, aut etiam paupertate vel corporis valetudine laborantes esse relictos, &c.*

3. In *l. 8. ff. de decurionibus.* sancitur vt decurionibus facultatibus lapsis, alimenta decernantur: quare & donator erit alendus, & si alimenta non præbuerit alimentarius, donatio tanquam ob ingratitudinem reuocabitur.

4. Insuper, qui omnia bona, vel maiorem partem donauit, patris loco habetur, quia veluti heredem instituit, *l. 4. ff. de confir. tut.* Atqui pater egenus alendus est à liberis, & si liberi alimenta ei non subministrauerint insigniter ingrati existunt, proinde idẽ quoq; de donatario dicendũ, quod si non aluerit pauperẽ donatorẽ ingratus cẽseatur, & ob ingratitudinem istã donatione priuari possit.

Sed contraria sententia, quod scilicet nullæ aliæ sint ingratitudinis causæ satis dignæ, ob quas donatio reuocari possit, præter quinq; istas à Iustiniano *in d l. fin.* enumeratas & nominatim expressas. Et hanc sententiam tuentur Hugo Donellus *14. com. 27.* Hubert. Giphanius ad *d. l. fin. n. 11* Vult. ad §. *2. n. 6. I. de donat.* Sneidewin. ad §. *sciendum. n. 6.*

1. Quia ipsi propositum fuit certas causas ingratitudinis determinare ac definire, ex quib⁹ donatio reuocari possit, §. *2. in fine verb.* certis ex causis. *Inst. de donat.* At suo proposito satis non fecit Iustinianus, si præter istas causas ab ipso enumeratas, aliæ sunt, ex quibus donatio æque reuocari potest.

2. Quin etiam satis expresse Imperator *in d. l. fin.* cauit, nullas alias, præter quinq; ibi recẽsitas, esse admittendas, sic enim scribit: *Generaliter sancimus omnes donationes lege confectas firmas illibatasque manere, si non donationis acceptor ingratus circa donatorem inueniatur, ita vt &c.* Ecce hic Imperator regulam proponit de donatione perfecta non reuocanda, cuius exceptionem postea subiungit, causas quinq; enarrãdo, ob quas reuocari queat donatio: At omnis exceptio stricte accipienda & regulam confirmat in casibus non exceptis: Id etiam satis innuunt particulæ, *Ita vt*, quæ nota sunt definitionis ac determinationis, vt proinde ex illis reluceat, propositum Imperatoris fuisse certas causas reuocandæ donationis definire ac determinare. Deniq; ex his tantũmodo causis donationẽ reuocari posse, clare asserit Imperator *in vers. ex his enim.* Et quanquam respondeant dissentientes, particulas taxatiuas & exclusiuas nõ excludere causas similes aut grauiores, in quibus eadem aut etiam maior ratio subsit. Id tamen hic locum

sibi

sibi non vindicat, quia cum particula taxatiua *tantummodo* concurrit cū propositum Imperatoris, volētis certas causas definire cæterasq; excludere; tum odium *d. l. fin.* quæ pœnam decernit illis, qui ingrati in donatorem extiterint: At odiosa per se & sua natura restringenda & non extendenda sunt.

His parum aduersantur argumenta dissentientium, supra recensita. *Primo* enim donatarius nō est obligatus naturaliter, multo minus ciuiliter ad alendum donatorem egenum, & vt maxime naturaliter esset obligatus, nulla tamen præstandi alimenta necessitas ipsi incumberet. Deinde licet cogeretur alere donatorem egenum, & si non id faceret, ingratus iudicaretur, non tamen protinus ab ipso reuocari posset donatio, quia non quæuis, sed grauis & insignis ingratitudo requiritur ad hoc, vt donatio reuocetur: Sic enim, quamuis liberi ad parentes alendos teneantur; non tamen propter alimenta non præstita, liberi à parentibus exheredari queunt. Nec contrarium probat *d. l. 6. §. 1. de agnosc. lib.* quæ non de donatario, sed de liberto loquitur, qui patrono egenti alimenta denegauit, neque hic vlla comparatio est patroni & donatoris: Etsi enim hic donatarium beneficio affecerit, & liberalitate ad gratitudinē & remunerationem obstrinxerit: Patronus tamē longe maius in libertū beneficium contulit, libertatē scilicet, rē omniū preciosissimam, nulloq; precio nummario æstimandam. Sic etiam *d. l. 8. ff. de decurionib.* ad rem non pertinet; illic enim singulare traditur decurionum priuilegium, quod personas illorum non transit, nec ad exemplū porrigitur *§. sed & quod princ. ipsi Inst. de iure nat. gent. & ciuil.* Denique non obstat, quod donator patris loco habeatur: hoc enim minime concedendum est; Tametsi enim in eo cum patre conueniat, quod tutor ab ipso datus, perinde sit confirmandus atque tutor datus à patre filio emancipato: Non tamen hoc idcirco in persona donatoris constitutum est, quia illi honor debeatur paternus, sed quia personam tutoris, quem dedit, optime nosse censeatur.

Altera causa, ex qua donatio inter viuos reuocatur, est superuenientia liberorum. *Lit.* E. Si enim quis, cum liberos non haberet, omnia sua bona, aut maximam partem alteri donaret, postea liberi ipsi nascerentur, iusta causa est, ex qua donatio reuocetur: Ita enim Impp. Constantinus & Constantius *in l. 8. Cod. de reuoc. donat. Si vnquam libertis patronus, filios non habens, bona omnia vel partem aliquam facultatum fuerit donatione largitus, & postea susceperit liberos, totum quicquid largitus fuerat, reuertatur, in eiusdem donatoris arbitrio ac ditione mansurum.*

Quæ. 44. *An ob superuenientiam liberorum à quouis donatario possit reuocari donatio?*

Cæterum circa hanc causam reuocandæ donationis initio & principaliter quæritur, vtrum generalis sit, & in quouis donatore & donatario admittenda, an vero sit specialis & ad patronum donatorem ac libertum donatarium sit restringenda?

Etenim vulgo sic statuunt Interpp. donationem perfectam, natis postea donatori liberis non reuocari, nisi donator fuerit patronus & donatarius libertus: Atque ita quoque sentiunt Anton. Fab. 7. *coniect. 14. & 15.* Connan. 5. *commen. 10.* Hotom. 1. *amic. resp. 12.* Corasius 7. *miscell. 30.* Donellus & Giphanius ad *d. l. 8. C. de reuoc. donat.* Idemque Donellus 14. *comment. 32.* vbi & Oswal. Hilliger & *alii infiniti.* Quorū hęc sunt argumenta.

1 Perfecta, inquiūt, donatio temere reuocari nō debet *l. perfecta C. de donat. quæ sub modo.* quia donatio inter viuos est cōuentio: At quæ conuentiones principio fuerunt liberæ voluntatis, illæ ex post facto fiunt necessitatis *l. sicut. C. de obligat. & act.* proinde donatio rite & legitime confecta, natis postmodum donatori liberis, reuocari non poterit.

2. Quod legitime factum est, ex superuenienti causa retractari non potest, probat *c. factum. d. R. Iur. in sext.* At donatio in casu nostro rite est perfecta: Ergo.

3. Praeterea non parum roboris sententiae nostrae adfert quod *in l. 8. C. de reuoc. donat.* quae de donatione ob liberos postea natos reuocanda, scripta est, nominatim, expresse atque in specie de donatione inter patronum & libertum celebrata, fuerit concepta: quod proculdubio factum non fuisset, si idem in caeteris quoque donatoribus ac donatariis generaliter obtineret, nec in personam patroni & liberti singulare ac personale esset.

4. Accedit his, quod ita vnaquaeque lex accipienda & interpretanda sit, ne otiosa, superuacua & inepta euadat, *l. 5. in fi. ff. de captiu.* Atqui si *d. l. 8.* ad quosuis alios donatores ac donatarios extenderetur, otiosa plane & superuacua existeret? Ad quid enim nominatim patroni & liberti mentionem faceret & de ipsorum donatione in specie disponeret, si idem in aliis peraeque obtineret.

5. Insuper vbi ratio legis non est generalis, sed specialis, & ad certas quasdam duntaxat personas restricta & accommodata, ibi quoque legem specialem esse, necessum est: Atqui ratio *d. l. 8* specialis est & ad solius patroni ac liberti personam accommodata: Nam cur patronus liberis sibi post donationem natis, reuocare possit à liberto suo donationem, ratio profecto alia dari non potest, quam quia inhumanum, durum & inciuile sit libertum donationis viribus subnixum summo iure agere cum patrono, cui non solum reuerentiam debeat, sed & summam gratitudinem propter immensum, quod à patrono accepit, beneficium, libertatem.

6. Adhaec non parum hanc ipsam sententiam iuuare videtur *l. fin. C. de reuoc. donat.* in qua omnes causae reuocandae donationis recensentur, & tamen huius superuenientiae liberorum nulla penitus mentio fiat: Quin & ibidem aperte Imperator Iustinianus sancit, omnes donationes firmas illibatasque manere oportere, nisi ingratus extiterit donatarius in donatorem. Et subiicit tandem, postquam causas iustas ingratitudinis ordine recensuisset, ex his *tantummodo causis* donationem reuocari. Cui omnino consequens est donationem propter superuenientes liberos reuocari non posse, ac proinde dispositionem *d. l. 8.* non generalem sed specialem esse ac singulare patroni priuilegium continere.

7. Porro qui pure & absolute donat, mauult donatarium habere, quam se ipsum, id quod donat *l. 38. §. 2. ff. de donat. mort. caus.* Mauult igitur rem donatam apud donatarium manere, quam ad liberos suos redire: quia ordo charitatis, quem à se ipso quisque incipere debet, non patitur, vt quis liberos suos magis diligat, quam semetipsum.

8. Quod sibi nemo vult licere, id etiam non vult licere suis heredibus: iam vero donans pure & absolute non vult sibi licere donationem reuocare. Ergo nec vult id licere suis heredibus.

9. Qui mortis causa donat, is, licet malit se habere, quam donatarium, mauult tamen donatarium habere, quam heredem, *§. 1. I. de donat.* ac proinde non eo est animo, quod donationem, sibi postea liberis natis, ad se reuerti velit.

10. Si donator non cogitur liberis relinquere, quae extraneo donat, non licebit ipsi donatori reuocare donationem propter liberos: Atqui verum est prius: Igitur & posterius.

11. Insuper liberi aut sunt heredes, aut

aut exheredati: Si prius, tum factum defuncti ratum habere tenentur: Sin vero posterius tum ratio plane nulla est, cur illorum fauore donatio reuocetur eorum bonorum, quæ ad alios, quam ipsos, sunt peruentura.

12. In *d.l.8.C.de reuoc.donat.* expresse dicitur bona reuocata in arbitrio & ditione patris esse mansura. Quare ob liberos superuenientes non reuocabitur donatio.

13. Denique videtur hanc sententiam expresse confirmare *cap. fin. causa 17.q.4.* in qua Augustinus donationem à patre liberis nondum natis factam retineri posse iure fori, liberis postea superuenientibus: verba textus hæc sunt: *Quam laudabile factum sancti & venerandi Episcopi Aurelij Carthaginensis, quomodo adimpleuit os omnium, qui sciunt laudibus Dei? Quidam enim cum filios non haberet, neque speraret, res suas omnes (retento sibi vsufructu) donauit Ecclesiæ: Nati sunt ei liberi postea, & reddidit episcopus, nec etiam opinanti illi qui donauerat. In potestate habuerat episcopus non reddere, sed iure fori non iure poli.* vnde concludendum videtur, quod ex causa superuenientię liberorum donatio reuocari non possit.

Cæterum etsi hæc opinio speciosis admodum rationibus nititur, mihi tamen contraria sententia semper visa fuit verior, quam etiam nobilissimi Interpp. iuris & inter eos Tiraquellus ad *l. 8. nu. 40. de Reb.donat.* Andr.Fachin *lib.3. contr. 85* Iacob.Cuiac.ad *tit.Cod.de reuoc.donat. & 20.obs.ruat.5.* Iulius Clarus *lib. 4 sent. §.donatio.q.21.* Henric.Bocerus *de donat. c.3.n. 8.* Anton.Gomezius *tom.2. c. 4. nu. 11.* Mynsing.5 *obseru 63.&64.* Bronchorst. *3.assert.74* Vult.ad §.2.*n.* 7. & 8. *l. de donat.*tuentur.

Quia quotiens ratio legis est generalis, totiens lex ipsa generalis est, cum dispositio legis, quantumuis ad certas personas accommodatæ, ex generalitate rationis extensionem admittat; Iam vero ratio *l.8.C.de reuoc.donat.* videtur esse generalis & non magis ad donationem cum liberto, quam in donatione cum extraneo quouis celebratam pertinere: Cur enim ibi liberis post donationem donatori natis, donatio reuocetur, ratio hæc est, quod cum pater non præsumatur proprium sanguinem extraneis anteferre voluisse *l.cum acutissimi.C.de fideicommissis.* intelligatur tacita hac lege & conditione donationem fecisse, vt si liberi postea nati fuerint, donatio ad se suosque liberos reuertatur.

Cui fundamento minime obstat, quod hæc ipsa ratio & in legatis ac fideicommissis obtineat *d.l.cum acutissimi.* Et tamen legata ac fideicommissa non reuocentur, quando post testamentum testatori liberi superueniunt, cum tamen hæc, vtpote vltima quædam voluntas, longe faciliu., quam donatio inter viuos reuocentur.

Resp. Etenim si liberi viuo adhuc patre nascantur, quin tunc legata & fideicommissa reuocari queant, dubium plane nullum est, cum vltima hominis voluntas ambulatoria atque mutabilis sit ad extremum vitæ spiritum, *d. l. cum acutissimi.* Sin patre defuncto nascũtur posthumi, non amplius reuocantur legata, Tum quod vltimę voluntates ambulatoriæ sint, tantum ad extremum vitæ spiritum testatoris, eiusque morte confirmentur *l. 4. D.de adim. l. gat.* atque ita confirmatæ longe difficilius reuocentur, quam actus inter viuos gesti, quandoquidem publice ac priuatim intersit vltimas hominum voluntates exitum habere. Tum etiam quia aperte reuocari prohibentur *authent. ex causa. C. de lib. præter. Nou. 115. c. 3. in fine.*

Similiter fundamentum hoc nostrum non subuertit, quod ratio modo

à nobis adducta probari non possit, nec ex *d. l. 8.* constet eam Impp. considerasse ac respexisse: Etenim quod in considerationem venerit ista ratio in eaq; suam sanctionem Impp. fundarint, liquet plus satis exinde, quod beneficium *d. l. 8.* patrono non tribuatur propterea quod sit patronus, nec ideo quod donarit liberto, sed solum propterea quod donatori post donationem liberi sint nati.

Deniq; non refragatur prædictæ rationi, quod etsi hoc sit parentis cuiusq; votum vt bona sua ad liberos potius, quam ad extraneos perueniant; Id tamen porrigi non debet ad cuiusquam iniuriam, quo scilicet res alicui quæsita auferatur invito sine eius culpa *l. 11. de R. Iur.* Respon. Hoc, inquam, non aduersatur: Hic enim donatario nulla penitus fit iniuria, tum quia donator rem donatam reuocans suo iure vtitur, tum quia res donata ipsi iustissima ex causa aufertur, ex conuentione scilicet tacita donationi adiecta, vt nempe liberis post donationem donatori natis, donatio reuertatur ad ipsum donatorem.

Ad dissentientium vero argumenta sic respondendum: ad *primum* & *secundum* quod dicitur donationem perfectam reuocari non posse, item quod legitime factum est ex superuenienti causa non retractari, id verum est, nisi iusta superueniat causa, ob quam actum legitime perfectum retractari oporteat, itemque nisi tacite conuenerit, vt casu quodam existente, actus reuocetur, quorum vtrumque hic euenire iam supra docuimus: Et sane nisi hanc limitationem dissentientes admittant, sequetur nec donationẽ inter patronum & libertum celebratam reuocari posse: Nec ob ingratitudinẽ donatarii donationem perfectam reuocare licere.

Quia nec aliæ conuentiones & contractus postquam perfectionem suam acceperunt, rescindi possent; quod tamen secus se habere probat *tot. tit. C. & Dig. de rescind. vendit.* At in proposito iustam subesse causam rescindendi donationem, iam ostensum est, eaque consistit, partim in liberis, partim in donatore, atque dependet ex fauore liberorum superuenientium & post donationem natorum & in paternæ pietatis coniectura, qua ductus hoc egisse pater præsumitur, vt si liberi post donationem sibi nati quandoque fuerint, res donatæ restituerentur *l. cum acutissimi. C. de fideicomm. & dixi supra.*

Ad *tertium* respondetur, scire leges non esse verba tenere, sed vim ac potestatem illarum *l. scire. ff. de legibus.* ac proinde non tam spectandum esse quibus de personis *d. l. 8.* rescripta fuerit, quam quænam sit ratio il ius *l. 8.* Ex ratione siquidem, quæ & verbis potior est, mens & sententia legislatoris colligitur.

Præterea notissimum & plusquam notum est, ex legibus Codicis, quæ vt plurimum ad propositam consultationem & facti speciem accommodari solent, non licere ab vnius inclusione ad exclusionem alterius, nec à contrario sensu argumentari. Quapropter *in d. l. 8.* Impp. non ideo de patrono & liberto rescripserunt, quia in illis speciale hoc sit, sed potius quia consultatio Imperatoribus proposita & facti species de donatione inter libertum & patronum celebrata, fuerit concepta. Nec refragatur quod Antonius Faber regerit *præcitatam l. 8.* non esse ad cert m facti speciem rescriptam & accommodatam, siquidem non ad consulentem aliquem priuatum, sed ad Orph tum, præfectum prætorio sit directa. Nam perpetuo verum non est constitutiones Imperatorias ad præfectos prætorio scriptas esse generales, nec ad certos casus & facti species accommodatas: siquidem contrarium expresse probant *l. 3. C. de dot. promiss. l. vlt. Codic. de verb. significat. l. vltim. Cod. vnde vi.*

L. vlt.

l. vlt. C. de ædif. priuat. cum similibus multis.

Ad *quartum* idem respondendum est: non enim superuacua & otiosa euadit *l. nostra 8.* etiamsi illa ad personam patroni & liberti non restringatur: Cur enim in specie ac nominatim de persona patroni & liberti concepta fuerit, ratio modo reddita fuit.

Ad *quintum* resp. committi fallaciam causæ: Rationem & causam *d. l.* 8. quam assignant, & in gratitudine, quam libertus patrono pro libertatis beneficio debet, constituunt, in mera diuinatione consistit, nec vllum in iure fundamentum habet. Illa vero quam nos adduximus, vero longe similior est, & in aperta Imperatoris constitutione fundata.

Ad *sextum* resp. particulas istas taxatiuas & exclusiuas, *tantummodo*, *Nisi*, *si non &c.* non habere vim excludendi causas alias æque graues, aut grauiores illis, quæ includuntur. Deinde excludunt *in d. l. fin.* alias causas ingratitudinis præter illic recensitas, non vero alias causas reuocandæ donationis.

Denique si ista *l. fin.* quicquam ad propositum faceret, efficeret quoque ne quidem donationem inter patronum & libertum celebratam, propter liberos postea natos, reuocari posse.

Ad *septimum* resp. in donatione pura & absoluta malle quidem donatorem rem donatam habere donatarium, quam seipsum, sed hoc fallere in casu nostro, quo ob pietatis paternæ affectum præsumatur quisque propriam sobolem extraneo velle præferre *d. l. cum acutissimi. Cod. de fideicomm.* Deinde licet donans malit rem donatam habere donatarium quam seipsum, mauult tamen eam liberos habere quam donatarium, ideo maxime, quod parens videatur magis diligere liberos quam seipsum *l. 6. §. fin. ff. quod met. caus.* Non obstante eo, quod ordinem charitatis quisque à seipso incipere debeat: Nam & tunc id omnino fieri videtur, cum quis mauult liberos habere aliquid, quam extraneum vel seipsum, Quinimo ordo iste charitatis penitus interuerteretur, si extranei præferri deberent proprio sanguini.

Ad *octauum* respondeo maiorem propositionem non esse perpetuã ac refutari quodammodo *d. l. 1. quod met. caus.* Deinde sic omnino intelligenda erit, si non appareat donatorem id egisse, ut suis heredibus amplius quid liceat, quam sibi ipsi. Præterea assumptio quoque in hoc nostro casu falsa videtur; siquidem & is, vt proxime demonstratum est, qui pure donat, liberos non habens, ob coniecturam pietatis paternæ intelligitur hoc egisse, vt donatio, natis postea liberis, reuocari possit.

Ad *nonum* resp. id quod *in d. §. 1.* dicitur verum esse de donatione mortis causa, non etiam procedere in donatione inter viuos. Præterea heres, cui donator vult præferri donatarium, aut est extraneus, aut vero suus, & hic rursus est vel natus tempore factæ donationis, aut vero non. Si extraneus est, tũc ad propositum non spectat, cum de liberis suisq; heredibus instituta sit quæstio: sin vero suus, tum si quidem natus fuerit, atque extiterit donationis tempore, merito donatarius præfertur, quoniam manifestũ est voluisse donatorem extraneum proprio sanguini præferri, adeoque cessat illa coniecturata ac præsumpta patris voluntas: sin vero nondum natus est heres tempore celebratæ donationis, de quo casu nos impræsentiarum loquimur, non præfertur donatarius *d. l. cum acutissimi. C. de fideicomm.*

Ad *decimum* respondetur consequentiam negando: licet enim parens non cogatur liberis ea relinquere, quæ extra-

extraneo donauit, quia tamen intelligitur in casu nostro tacite cum donatario conuenisse & hac lege ei donasse, vt si liberi postea nati fuerint, bona restituantur, par est, vt conuentio hæc custodiatur, *l.1. ff. de pactis.*

Ad *Vndecimum*, resp. etsi liberi sint heredes (vt in casu nostro præsupponitur) nihilo tamen minus donationem reuocari posse; cum non aliter factum testatoris ratum habere cogantur, quam ipse pater illud ratum haberi voluerit: Atqui nunc ostensum, patrem id egisse ac voluisse, vt factum hoc suum reuocaretur, si liberi postea superuenerint.

Ad *duodecimum* resp. consequentiam negando: bona enim reuocata manent quidem in ditione & arbitrio parentis donatoris, sed tamen ob liberos, quorum arbitrio, viuo parente, nondum permittenda videntur.

Ad *decimum tertium* respondetur *in d. c. vlt.* Augustinum non referre ius, quod suo tempore obtinuerit, sed quod tempore Chartaginensis illius Episcopi, cuius ibidem meminit, viguerit: Fieri autem potuit, vt Episcopus ille multo ante Augustinum & Imperatores Constantinum & Constantium vixerit; ac proinde *in d. c. vltim.* per ius fori intelligatur illud, quod Constantinum & Constantium præcesserit.

Quæ.45. *An ob superuenientiam liberorum reuocetur donatio in solidum, Ecclesiæ facta?* Sed quid si liberos non habens Ecclesiæ sua bona donarit, vtrumne nihilominus natis postea & superuenientibus liberis, reuocari possit in solidum donatio, quæstionis est satis intricatæ? Bartolus enim ad *l. 83. § 5. n. 6. ff. de legat. 2.* secutus Glossam *in c. vlt. c. 17. q. 4.* statuit donationem Ecclesiæ factam ob superuenientes liberos, saltem ad legitimam vsque reuocari: Hanc quippe Ecclesiæ relinquendam esse.

Fundamentum huius est *in d. c. fin. caus. 17. q. 4.* vbi expresse dicitur; iure fori Ecclesiam retinere posse donationem sibi factam liberis quantumuis superuenientibus.

Veruntamen hæc opinio non videtur fundamento satis valido niti.

Nullus enim est textus in quo hoc dicatur, quod legitima sit relinquenda Ecclesiæ, & donatio non in solidum, sed ad legitimam saltem vsq; reuocari queat: Nam adductus textus *c. final.* vult iure poli restituendam esse donatori rem donatam: iure fori autem eandem retineri posse, non vsque ad legitimam duntaxat, sed in totum: Nec enim legitimæ vllam mentionem facit textus iste.

Cæterum quomodo id accipiendum sit, quod dicitur iure poli donationem retineri potuisse ab Ecclesia, id supra præcedenti quæstione satis prolixe expositum fuit.

Equidem quod dispositio *d. l. si vnquam. C. de reuoc. donat.* ad donationem Ecclesiæ factam etiam porrigi debeat, verissimum esse videtur, atque hisce rationibus comprobatur: 1. æquum & iustum est donationem ob liberos natos donatarii ad eum reuerti, quia credibile non est patrem voluisse bona eum in casum donata, quo ipsi liberi fuerint nati, cum plusquam inhumanum foret, extraneum proprio sanguini præferri *l. cum acutissimi. C. de fideicom.* Ecclesia autem quæ cultrix & auctrix est iustitiæ, non patitur contra iustitiam aliquid geri in se vel in alterum, etsi priuatus sæpe obuiet iustitiæ *tit. 13. lib. 1. Feud.* Hinc etiam *in d. cap. fin.* etsi quodam iure fori Episcopus res donatas retinere potuisset, noluit tamen eas retinere quoniam id iuri poli aduersari iudicauit. 2. Accedit huic, quod ratio eadem in Ecclesia, quæ in cæteris donatariis obtineat: Ideo enim ob superuenientiam liberorum donationem reuocari dictum est, quia hac præsumatur voluntate fuisse parens tempore factæ donationis, vt si liberi sibi postea nati fuerint, res noluerit

apud

apud donatarium manere, sed eas quamprimum ad se reuerti voluerit; quæ coniecturata siue præsumpta voluntas nititur affectione parentum in liberos naturali, qua præsumuntur liberos suos extraneis semper præferri velle.

Hanc autem rationem in Ecclesia quoque eidemque facta donatione obtinere nemo est qui non animaduertat.

Quæ. 46. *An pater in sui suorumque liberorum præiudicium possit renunciare iuri reuocandi?*

An vero pater in sui suorumque liberorum præiudicium huic iuri reuocandi donationem renunciare possit? quæstionis est insigniter controuersæ? Equidem si pater ab initio statim quando donat, renunciet iuri reuocandi donationem etiam eum in euentum quo liberi superuenerint, quin renunciatio valeat, dubitare non licet: At si ab initio tali renunciatione amissa, postea, liberis iam natis, renunciet huic iuri, anne tali renunciationi aliqua vis tribuenda sit, hoc, inquam, in dubium reuocatur: Antonius Faber *lib.7. coniectur.c.14.* Andr. Gailius.1.*obseru.*40.*n.13.* Tiraquel. *in repetit.l.si vnquam.*8.*C.de reuoc.donat.in præfat. n.19.* Negant valere renunciationem. Iacobus Cuiacius 20. *obseruat. 5.* Andr. Fachin.*lib.3. controuers.* 48. Donell. & Giphan. *in repetit. d. l. si vnquam.* affirmant eam subsistere ac liberis præiudicare.

Et pro hac posteriori affirmatiua sententia hæc videntur facere argumenta.

1. Quod ius donationem reuocandi non transeat ad heredes & successores, *l.1.versic.hoc autem ius stabit.l.7.versic.actionem vero matris.l. fin. versic. hoc tamen vsque.C.de reuoc.donat.* Atqui si beneficium hoc reuocandæ donationis commodum & fauorem heredum & successorum principaliter concerneret, dubio procul ad ipsos, parente defuncto, transiret, quod cum non fiat, palam est pertinere illud ad fauorem patris & non heredum, ac consequenter ei à patre renunciari posse, *arg.l.pen.C.de donat.*

2. In *l.* 8. C. *de reuoc. donat.* aperte Imperatores rescribunt; bona reuocata ad donatorem reuerti: De liberis vero nil quicquam additur; cur ergo pater, ad quem bona sunt reuersura, non posset reuocationi renunciare. 3. Præterea cum in *eadem l. 8.* bona, ita reuocata, dicantur in ditione & arbitrio patris mansura, satis significatur solum patrem donationem reuocare posse, & consequenter, si ipse reuocare noluerit, sed iuri suo aut expresse renunciarit, aut tacite, dum eo non vtitur, non valere liberos donationem à patre factam reuocare.

4. Insuper cum possit pater tacite renunciare, quando viuis & iam natis liberis aliquid donat extraneo, *arg. d. l.* 8. *& l.1.C. de inoffic. donat.* ratio nulla impedire videtur, cur non possit eidem iuri renunciare expresse.

5. Accedit his quod vera ratio legis 8. consistat in coniectura pietatis, quod videlicet donans præsumatur non donaturus, si liberos sibi natos iri præscivisset, *d. l. cum acutissimi.* Igitur cum iam constat euidenter, eum nihilominus donare voluisse, etiamsi liberos sibi futuros sperasset, quod vel tunc maxime accidit, quando ipse reuocationi aperte renunciauit, cesset ista pietatis coniectura, & consequenter donationis reuocatio.

6. Quia, cum patre de bonis pro arbitrio suo disponere possit, *d. l. 5. in verb. in ditione & arbitrio eius.* consequens est, quod ea relinquere donatori possit, nec, si reuocationem omiserit, liberi eius postea, contra tacitam conuentionem patris, de bonis istis non reuocandis, venire queant.

Cæterum quod pater non possit expresse reuocationi renunciare, nec in-

telligatur tacite renunciasse, quando bona non reuocat, & ideo factum aut negligentia patris non obsit liberis, verius est ac sequentibus rationibus stabilitur.

1. Quia quisque iuri tantum suo suumque fauorem concernenti, renunciare potest *l. pen. C de pact. l. 27. ff. de pact.* nec factum vnius alteri obest ac nocet. Atqui reuocatio donationis commodum & fauorem liberorum potissimum concernit, ac parenti, propter liberos, nec aliter, quam liberis ipsis natis, tribuitur. Proinde pater non poterit renunciare reuocationi, nec in praeiudicium liberorum eam omittere, sed si omiserit, integrum erit liberis donationem reuocare, nec factum patris liberis nocere debet.

2. Quin & ea sententia in dubio arripienda & tuenda est, quae humanior est ac benignior: Atqui longe humanior est sententia haec nostra, altera illa, quae dura est & inhumana. Igitur huic merito praeferri debet.

Ad *primum* contrariae opinionis argumentum respondeo primo, beneficium reuocandae donationis in praesenti casu tribui liberis donatoris, vt liberis non vt heredibus. Deinde in supra adductis legibus ius donationem reuocandi non transire ad heredes, quia ibi reuocatio donationis spectat ad vindictam ingratitudinis donatarii in donatorem, & iniuriae donatario illatae: At quae actiones tales sunt, ad successores non transmittuntur, *l. 26. ff. de iniur. l. 6. §. fin. l. 7. & l. 8. Digest. de inoffic. testam.* quoniam vindicta personalis est, personalia vero personam non exeunt.

Ad *secundum* & *tertium* respondeo bona, liberis superuenientibus, ad donatorem reuerti & in eius ditione atq; arbitrio manere, siquidem ipse donator reuocet *d. l. 8. Cod. de reuoc. donat.* Eadem vero reuerti ad liberos & in horum arbitrio manere, si patre non reuocante vel reuocationem omittente, ipsi reuocent, de quo, etsi nihil exprimatur *in d. l. 8.* non tamen exinde sequitur, illud negari & excludi. Quinimo etsi verbis non exprimatur, sententia tamen legis satis confirmatur & comprehenditur hoc ipso, quod beneficium reuocationis tribuit patri propter liberos, adeoq; magis liberis, quam patri concedit.

Ad *quartum* resp. patrem posse ab initio ita donare, vt nec ipse nec liberi eius donationem vnquam reuocent: quia tum moderator est atque arbiter rerum suarum, adeoque de illis, prout voluerit, statuere potest *l. in re mand. Cod. mandati.* Neque hoc ipso quicquam alteri praeiudicat vel detrahit. At facta iam donatione & liberis natis renunciare non potest reuocationi, nec omittendo eam liberis praeiudicat, quia quamprimum liberi nati sunt, intelligitur hoc ius & beneficium ipsis quaesitum & acquisitum, vt bona à parente alteri donata, commodo ipsorum, ad patrem reuerti debeant; proinde parens vel tacite vel expresse reuocationi renuncians, non de iure suo, sed de iure alieno, liberorum videlicet, disponeret illisque beneficium & ius quaesitum auferret, quod fieri & ciuilis & naturalis ratio prohibet *l. 11. ff. de reg. iur.*

Ad *quintum* resp. & hic distinguendum esse, verum donator hanc suam voluntatem de donatione non reuocanda declaret, antequam liberi ei nascantur; An vero postea; vt priori casu renunciatio sit valida, cum iuri suo donator renunciet: posteriori vero casu non sit valida, quia tum de iure ac praeiudicio liberorum agitur.

Ad *sextum* & *postremum* respondeo consequentiam negando; quoniam pater de bonis ad se reuersis atque reuocatis non prohibetur disponere, quia hactenus non adimit liberis beneficiũ ipsis

quaesi-

quæsitum, quandoquidem beneficium istud saltem in eo consistit, ne extraneus donatarius liberis donator's præponatur: Non etiam vt liberi illorum bonorum arbitrium habere debeant: Atqui non reuocare bona donata, sed ea relinquere donatario, contraria ratione, non est in arbitrio donatoris, quia alias ius liberi, quæsitum adimeretur.

Quæ. 47. *An valeat iurata patris renunciatio?* De iurata patris renunciatione quidnam habendum sit ex iam dictis colligere non est difficile. Nam cum euicerimus talem renunciationem, si valeret, rendere in manifestum liberorum præiudicium, consequens vtique est, quod iuramentum ad eiusmodi stabiliendam renunciationem cōparatum, cum & ipsum in tertii, liberorum videlicet præiudicium tendat, non subsistere per textum expressum *in cap. cum contingat. extr. de iureiur. c. quamuis de pact. in sext.* quibus in locis sic demum iusiurandum seruari iubetur, si in tertii præiudicium non vergat.

Quæ. 48. *An donatio semel reuocata reconualescat liberis postea defunctis?* An porro donatio semel reuocata reconualescat liberis postea defunctis expeditum non est. Negatiuam sententiam tenent Hugo Donell. ad *d. l. si vnquam, n. 10.* Iacob. Cuiacius *in Cod. posthumo ad tit. de Reuoc. donat.* Andr. Faehin. *3. contr. 90.* Bartol. ad *l. 87. §. 3. ff. de legat.* 2. Pro affirmatiua opinione pugnant Iulius Clarus *4. sent. §. donatio. q. 23. n. 9.* Anton. Gomezius *tom. 2. c. 4. n. 12.*

Et pro hac affirmatiua opinione imprimis facit, quod cum paria sint testamentū agnatione liberorum rumpi & donationem agnatione liberorum reuocari, quia vtrobique proponitur res similiter irrita facta, & quidem ex eadem causa, videatur hinc dicendum, quod, sicut testamentum illud, si liberi postea, viuo testatore, decesserint, iure prætorio conualescit, sublato illo impedimento, posthumo nempe, qui antea obstabat, *l. posthumus. Digest. de iniust. rupt. & irrit. fact. testam.* ita quoque pari modo donatio reconualescat impedimento eius (*liberis puta*) sublato.

2. Eodemque pertinere videtur *l. fœminæ. in fine. C. de secund. nupt.* vbi fœminæ ad secundas nuptias transeuntes, alienare prohibentur res, quas à primo marito acceperant, *donec liberi ex primo matrimonio superfint*: Iisdem vero fœminis permittitur rursus res alienare, vbi liberi priores decesserint: Ergo sic quoque donatio, quia aufertur donatario ob liberos natos, restituetur, iisdem liberis postea defunctis.

3. Idemque & hoc argumentum probare videtur, quod, cessante causa beneficii, cessat quoque ipsum beneficium. *l. in omnibus causis. de regul. iur.* Atqui liberis defunctis cessat ratio reuocationis. Ergo &c.

His tamen rationibus non obstantibus, iis assentior, qui donationem semel extinctam, non amplius, liberis defunctis, reconualescere statuunt.

Nam 1. *in d. l. 8. C. de reuocand. donat.* aperte dicitur, bona esse mansura in arbitrio & ditione parentis, atque hoc indistincte & generaliter dicitur.

Secundo, quia actio semel extincta, euentu non reuocatur, *l. 66. §. 1. ff. de legat.* 2. Ergo & donatio, semel extincta, natiuitate & superuenientia liberorum non reconualescit, nec reuocatur morte liberorum eorundem subsecuta.

Tertio, quia res semel arbitrio & dominio donatoris subiecta, ipsi inuito adimi non potest, *l. id quod nostrum. ff. de regul. iuris.*

Ad *primum* resp. diuersissimā esse rationem illius testamenti, quod agnatione liberorū est ruptum, & donationis propter superuenientiam liberorum reuocatæ; quia testamentum iure ciuili ruptum confirmatur iure prætorio, cum quod adhuc supersit, quod confirmari possit, eadem scilicet scriptura,

 subscriptio-

subscriptiones, sigilla, eademque voluntas testatoris: Tum quod hoc fieri possit sine vllius iniuria, cum nemini quicquam hoc ipso adimatur, nec vlli præiudicetur: Donatio vero non possit confirmari iure prætorio, quo ea semel reuocata nil quicquam relinquatur aut supersit, quod confirmari possit, repugnetque voluntas donatoris. Deinde si reconualesceret, iniuria inferretur insignis donatori, dum ei sine vlla ipsius culpa, bona, de nouo acquisita, auferrentur, contra quam ratio ciuilis & æquitas naturalis prohibent.

Ad *secundum* resp. diuersam quoque rationem esse fæminarum ad secunda vota transeuntium & donatoris in nostro casu; quia illis non adimitur alienatio sub hac conditione, *si liberos habere cœperint*, aut *si quinque liberos habuerint*; sed adimitur illis ius alienandi ad tempus solum; *quandiu liberos habuerint*: proinde iisdem verbis conceditur illis potestas alienandi, quando liberos habere desierint: Atqui donationem in proposito casu non sic reuocari ad tempus, sed sub conditione, si liberos postea susceperit donator, quæ conditio adimpleta sine vlla præfinitione temporis, in perpetuum reuocat donationem. In summa *in d. l. fœmmæ*. prohibitio est temporis: At in casu nostro est perpetua, quia & causa, cur hic donator bona retineat, perpetua est hęc, videlicet, quod is dominus sit bonorum illorum, & maneat etiam dominus defunctis liberis, ac proinde ab ipso inuito dominium abire non possit *d. l. id quod nostrum. Digest. de regul. iur.*

Ad *tertium* respondeo distinguendum esse inter causam reuocationis, & causam retentionis bonorum reuocatorum. Etenim quod bona reuocata maneant apud donatorem, eiusdemque arbitrio relinquantur, in causa non sunt liberi postea nati, sed ius dominii quod rursus donator in bonis donatis est consecutus: At causa reuocationis sunt liberi superuenientes; vnde liquet has esse plane diuersas & distinctas quæstiones, vtrum donator possit reuocare donationem propter liberos postea susceptos, & vtrum possit propter eosdem liberos bona reuocata retinere.

Lit. F. Quæ. 49. *An reuocatio donationis competat heredibus?*

Ex causa ingratitudinis reuocatio donationis soli donatori, non etiam eius heredibus competere constitutum est *in l. 1. l. 7. l. 9. & l. vltim. C. de reuocat. donat.* vnde si donator tacuit & non mouit actionem ingrati, non permittetur amplius eam mouere heredibus aduersus donatarium vel eius successores. Ratio autem huius est ista, quod actio hæc ingrati ad vindictam ingratitudinis iniuriæque patri donatori factæ, spectet: Actiones autem, quæ ad vindictam pertinent, non dantur heredibus, vt actio iniuriarum & actio inofficiosi testamenti *l. Iniuriarum 28 ff. de iniuriis. l. 6 §. vlt. & ll. seq. ff. de inoffic. test. l. 6. & penult. ff. de sepulchro violato.* Cur autem actiones ad vindictam non dentur heredibus, ratio hæc est, quia vindicta est personalis: quoniam iniuria est facta patri, non liberis aut eius heredibus: At personalia ad heredes non transeunt *l. 44. ff. de condit. & demonstr.* Guthan. ad *d. l. fin. n. 15. & seqq. Cod. de reuoc. donat* Antonius Gomezius *d. tom 2 c. 4. num. 14.* vbi tamen hanc sententiam limitat & restringit ad eum casum, quo donator in vita habuit notitiam eius iniuriæ & ingratitudinis, & habuit tempus ad agendum & reuocandum donationem: Secus vero si contra, quia tunc transit ad heredes tam actiue quam passiue per text. *in cap. cum in veteri. de elect. c. fin. de dil. c. fin. de donat.*

Lit. G. Quæ. 50. *An liberis detur reuocatio donationis?*

De reuocatione donationis ex causa superuenientiæ liberorum, vtrum ad heredes transeat; ita vt si donator forte eam omiserit, liberis detur; maior est disputatio.

Quod

Quod enim non detur liberis, contendit Donell. ad *d. l. si vnquam, num. 12.* Et pro ista opinione, facit primo, quod ex *l. 1. l. 7. l. penult. & l. vlt. C. de reuoc. donat.* satis diserte constet, reuocationem donationis esse personalem ad heredes donatoris non pertinere.

2. Quia hæc reuocatio donationis non in fauorem liberorum, sed ex præsumpta voluntate patris introducta est: Vnde sequi videtur, quod non liberis, sed patri soli detur.

3. Quia *in d. l. 8.* beneficium reuocandæ donationis non tribuitur liberis, sed patri, cui rursus est consequens, quod ipsi patri & non liberis detur ius reuocandi, & ideo, si pater reuocationem omiserit, liberi eam amplius reuocare nequeant.

Sed contraria sententia, à Iacobo Cuiacio ad *d. l. 8.* defensa, verior mihi videtur.

1. Quia quamprimum nascuntur donatori liberi, statim ipso iure bona ad patrem reuertuntur *d. l. si vnquam. 8. in verb. ad patrem reuertatur.* Donell. ad *d. l. 8. num. 14. & 15.* Bartol. *d. l. 87. §. 3. num... de leg. 2.* cui consequens est, quod cum ex constitutione *d. l. 8.* fine vlla repetitione & fine vllo facto donatarii: dominium rei donatæ redeat ad donatorem, heredes ipsius, vt qui sint successores vniuersi iuris, quod defunctus habuit, in res quoque istas succedant, easdemque à donatario possessas vindicare possint.

2. Quia certum est quod beneficium *d. l. 8.* ad liberos proprie spectet, ipsorumque commodum & fauorem concernat: datur quidem patri reuocatio donationis, sed propter liberos, quo videlicet hos alere, educare & sustentare queat: Igitur magis tribuitur beneficium hoc liberis donatoris: Propter quod enim vnumquodque est tale illud magis est tale.

3. Postremo in dubio semper benignior, humanior & fauorabilior sententia retineri debet: Iam vero benignior hæc est sententia, quod liberi possint donationé reuocare, si fortassis pater eã reuocare prætermiserit: Hæc igitur sententia retinéda & alteri præferenda erit.

Nihil huic sententiæ detrahunt tria argumenta ab initio proposita, Nam leges primo loco allegatæ *l. 1. l. 7. l. pen. & l. vlt.* loquuntur de reuocatione donationis, non ea, quæ fiat ex causa superuenientium liberorum, sed de illa, quæ fit ex causa ingratitudinis: Hanc vero supra ipsimet concessimus personalem esse, nec ad heredes donatoris transire. Non vero ea est conditio reuocationis, quæ fit ex causa superuenientiæ liberorum: Tum quia illa est odiosa, hæc vero fauorabilis & proinde illa interpretatione restringenda, hæc vero iuuanda & extendenda *c. odia. de Reg. iur. in sext.* Tum quia ista ad vindictam iniuriæ & ingratitudinis pertinet & ideo heredibus non datur, *l. 28 ff. de iniur.* Hæc vero reuocatio, quæ fit ex causa superuenientium liberorum, ad iniuriæ alicuius vel ingratitudinis vindictam minime spectat.

Ad *secundum* argumentum resp. falsissimum esse quod asseritur reuocationem hanc non in fauorem liberorum introductam esse. Nulla siquidem alia causa est huius reuocationis quã vt pater habeat tantum in facultatibus, vnde suos liberos honeste sustentare & alere possit: At eos honeste sustentari & ali, nullius magis interest, quam liberorum. Neq vero bona est consequentia: *reuocatio ista donationis ex præsumpta patris voluntate introducta est. Ergo non in fauorem liberorum.* Cum præsumpta & coniecturata ista patris voluntas solo liberorum fauore nitatur. Cur enim præsumitur parens noluisse bona sua alii donare, si sciuisset liberos sibi natos iri? ratio profecto alia dari non potest, quam hæc quod verisimile non sit patrem velle

proprios suos liberos propriumq; sanguinem extraneo proponere *l. cum acutissimi. C. de fideicom.*

Ad *postremum* responsio ex iam dictis patet: Nam tribuitur quidem patri beneficium reuocandæ donationis, *in d. l. 8.* sed tribuitur ei propter liberos. Ergo magis liberis quam ipsi patri, prout supra argumentati sumus, ex vulgari Logicorum regula: Propter quod vnumquodque est tale, illud magis est tale.

Quæst. 51. *Quatenus reuocetur donatio ob liberorum superuenientiam?*

Illud restat expediendum, quatenus & in quantū donatio reuocetur, vtrum, inquam, in solidum, an vero quoad quid duntaxat, nempe vsque ad legitimam.

Sunt equidem qui tradunt solum ad legitimam vsque donationis fieri reuocationem, non in solidum. Et hi mouentur hac ratione quod donatio inofficiosa non in solidum, sed ad legitimam vsq; reuocetur per textus *in l. 5. C. de inoff. don. L. 1. l. 2. l. vlt. C. eod.* Veruntamen contraria sententia diserte probatur per *d. l. si vnquam* 8. *C. de reuocand. donat.* vbi dicitur, *totum quicquid largitus est*, (donator) *reuersurum.*

Nec est quod quenquam moueant leges supra adductæ, quibus dicitur donationem inofficiosam saltem quoad legitimam liberorum rescindi.

Hoc enim falsum esse, & donationem inofficiosam in totum rescindi, exemplo videlicet inofficiosi testamenti mox in sequentibus luculenter admodum & perspicue demonstrabitur, simulque ad textus qui contrarii videntur, quidnam respondendum sit ostendetur.

Et hæc de reuocanda donatione facta extraneo, antequā liberi essent suscepti.

Quod si quis liberos iam habens bona sua vniuersa, aut maximam illorum partem donatione eroget, non competit liberis reuocatio, ex *d. l. 8. C. de Reuoc. donat.* sed datur illis querela inofficiosæ donationis *l. 1. & tot. tit. C. de inoff. donat.* quæ non fit ad exemplum querelæ inofficiosi testamenti introducta, *l. fin. C. de inoffic. donat.* idcirco non solum liberis aduersus parentum, sed & parentibus & fratribus aduersus liberorum, fratrum ad sororum donationis dabitur.

Quæst. 52. *An inofficiosa donatio in solidum an vero saltem vsque ad legitimam rescindatur?*

Sed nunquid datur hæc inofficiosæ donationis querela in solidum, an vero ad legitimam vsque? Anton. Gomezius *tom. 2. c. 4. n. 13.* Iulius Clarus *lib. 4. sentent. § donatio* hoc modo circa propositam quæstionem distinguunt: Vt si donatio est inofficiosa re, tunc reuocetur vsque ad legitimam. Sin vero est inofficiosa re & consilio, tunc alii filio vel descendenti facta reuocetur vsque ad legitimam tantū: Sin extraneo, reuocetur in totum.

Et quod inofficiosæ donationis reuocatio fiat ad legitimam vsque probari videtur *l. 1. in verb. Non iniuria iuxta formam de inofficiosa testamento constitutam subuenire vobis, vtpote quartam partem nō habentibus desideratis. C. de inoffic. donat.* Quibus verbis perspicue significari videtur non in solidum, sed ad quartam partem duntaxat reuocari donationem inofficiosam.

2. Idemque confirmare apertius videtur *l. 2. eod. tit. in verb. Vt tibi quartam partem debitæ ab intestato portionis præstet incolumem.*

3. Omnium vero clarissime comprobat eandem sententiam *l. si totas 5. C. de inoffic. donat. in verb. id quod ad submouendam inofficiosi testamenti querelam non ingratis liberis relinqui necesse est, ex factis donationibus detractum, vt filii vel nepotes postea ex quocunque legitimo matrimonio nati debitum bonorum subsidium consequantur:* Hoc autem debitum bonorum subsidium est nihil aliud quam legitima. Igitur reuocatio inofficiosæ donationis saltem eo spectat, vt per eam donatio rescindatur duntaxat vsque ad legitimam.

4. Eodem quoque pertinere videtur *l. 7. C. eod. tit.* quo in loco Ammiano ita

ita rescribitur: *Si mater tua patrimonium suum ita profunda liberalitate in fratrem tuum euisceratis opibus suis exhausit, vt quartæ partis dimidium, quod ad excludendam inofficiosi testamenti querelam aduersus te sufficeret, in his donationibus, quas tibi largita est, non habeas: quod immoderate gestum est, reuocabitur.* Ecce h'c dicitur reuocari *quod immoderate gestum est.* Iam vero quatenus donatio aufert legitimam liberis, dicitur immoderate gesta. Ergo hactenus duntaxat rescinderetur.

5. Postremo idem euincit *l. 8. C eod.* vbi dicitur, *quod donatam est pro ratione quartæ diminui.* Vnde plusquam perspicue relucere videtur, quod non in totum, sed vsque ad legitimam duntaxat fiat inofficiosæ donationis reuocatio.

Cæterum contrariam sententiam defendit Antonius Faber *lib. 3. coniect. 17.* eandemque amplectitur noster Treutlerus.

1. Et quod donatio in solidum per querelam inofficiosæ donationis rescindatur, quod *in l. vlt. C. de inoffic. donat.* Constantius Imperator rescribit: dubitari non oportere, quin immodicarum donationum quetela in omnibus ad similitudinem inofficiosi testamenti legibus introducta sit, vt actiones vtriusque vel vna causa, vel similis existimanda sit, Iam vero constat per querelam inofficiosi testamenti testamentum in totum rescindi, non solum quoad legitimam; proinde de querela inofficiosæ donationis idem statuendum erit.

2. Et sane cum in fraudem querelæ inofficiosi testamenti donatio inofficiosa excogitata sit, ita remedium quod in fraudis istius fraudem excogitatum est eiusmodi esse necesse est, vt qui de inofficiosa donatione agit, tantundem consequatur, quantum consequeretur, si de inofficioso testamento querelam instituisset.

Nam alias eueniret vt fraudis suæ fructum impius pater sentiret, si filius qui per querelam inofficiosi testamenti aut vniuersam aut dimidiam hereditatis partem obtineret, idem querela inofficiosæ donationis agens non nisi debitam portionem obtinere posset.

3. Omnium denique euidentissime sententia hæc stabilitur *l. 87. §. 3. ff. de legat. 2.* vbi reuocatur inofficiosa donatio non quoad legitimam duntaxat, sed quoad dimidiam partem.

Non aduersantur his textus pro priori opinione adducti: Nam quod ad *d. l.* 1. attinet, obseruandum est quod illic hoc non dicatur per querelam inofficiosæ donationis ad quartam duntaxat agi, sed hoc solum asseratur, quod de inofficiosa donatione non possit agere, qui quartam habet: Atqui hæc esse diuersissima nemo est qui non animaduertat: Sic enim per querelam inofficiosi testamenti, etsi testamentum non saltem quoad legitimam, sed in totum rescindatur, tamen ea agere non potest, qui quartam habet.

Ad *d. l. si totas. 5.* respondetur tractari illic de donatione, quæ ab initio non fuerit inofficiosa: siquidem donatio facta erat ab eo, qui eo tempore alios non habuerat liberos, præter eos quibus bona sua donarat. Quia vero postea, aliis liberis ex eodem vel secundo matrimonio natis, inofficiosa fiat donatio, cum eo res sit vt liberi postea suscepti contra paternæ pietatis officium debita sibi successione fraudentur. Quod cum nec ratio naturalis, nec ciuile ius admittat, merito ab Impp. rescriptum est id quod ad submouendam inofficiosi testamenti querelam non ingratis liberis relinqui necesse est ex factis donationibus detractam, vt filii vel nepotes postea ex quocunque legitimo matrimonio nati debitorum bonorum subsidium consequantur, ad patris patrimonium reuerti.

Ad

Ad *d. l.* 2. respondet Antonius Faber, illic distinguit, an is filius, cui bona sua pater donatet, in patris potestate permanserit, an vero emancipatus fuerit: Vt priori casu ille filius cui nihil donatum fuit, quartam duntaxat partem debitæ ab intestato portionis incolumem habeat: posteriore ad similitudinem inofficiosi testamenti querelæ de inofficiosa donatione queratur, h.e. non quartam duntaxat debitæ ab intestato portionis partem, sed dimidiam hereditatis consequatur. Rationem vero huius distinctionis hanc adducit Anton. Faber, quod cum emancipatus is sit, in quem collata donatio fuit, subsistat donatio & ideo rescissione per querelam inofficiosæ donationis debeat, ac consequenter non quartam duntaxat ab intestato debitæ portionis, sed dimidiam bonorum partem consequatur. Atqui cum filius, cui donatio facta est, in patris potestate permansit, donatio non valet propter vinculum patriæ potestatis *l.* 17. *C. de donat.* nec patris silentio & morte confirmatur iure se.veteri, vnde nec per querelam inofficiosæ donationis rescindi potest. Sed quia vniuersi patrimonii donatio nō tam simplex donatio, quam supremi iudicii ordinatio esse videtur *arg. l.* 20. §. *si pater ff. famil. hercisc.* officio arbitri familiæ hercisc. congruit sic adiudicationes facere & bona inter fratres ex asse scriptos diuidere, vt à testatoris voluntate quam minimum fieri poterit, recedat, *l. 16. C fam. hercisc.* id vero commodius facere non potest, quam si ei, cui nihil donatum est, quartam portionis ab intestato debitæ partem præstet: Ei vero, in quem inofficiosa donatio collata est, quod deducta fratris legitima reliquum erit, adiudicet.

Ad *l.* 7. respondet item Anton. Faber, longe diuersissima hæc esse, reuocari id, quod immoderate gestum est, & reuocari, quatenus immoderate gestum est: quia si quis rem 100. aureis dignam ducentis & decem emerit, recte dicitur rescindendam esse emptionem, propter immodicam læsionem, nec tamen recte dicitur rescindi duntaxat quatenus immodica læsio est, cum in totum emptio rescindatur.

Ad *l.* 8. responderetur ab Anton. Fabro, quartæ appellationem ambiguam esse, duplicemque sensum commode admittere, quia possit intelligi de quarta portionis ab intestato contingentis: possit etiam de ipsa portione ab intestato contingente, quæ quarta est, si forte quatuor vnius patris aut matris liberi esse proponantur: In quo posteriori sensu prædicta verba accipi debent: Tum propter fundamenta nostra supra adducta: Tum quia in iure quarta non dicitur simpliciter ea, quæ est debitæ portionis quarta, sed cum adiectione *debitæ portionis.*

RESOLVTIO THESIS Octaua.

DE propriis donationibus hactenus: Sequitur vt aliquid etiam de impropriis donationibus subiiciamus, harum vero naturam & generalem affectionem esse dicit Treutlerus noster, quod non absoluto liberalitatis intuitu, verum sub modo & conditione fiunt. Conditionalem quippe donationem esse impropriam donationem diserte probat *l. 1. ff. de donat. Donationes*, inquit Vlpianus *complures sunt: Dat aliquis ea mente vt statim velit accipientis fieri, nec vllo casu ad se reuerti, & propter nullam aliam causam facit, quam vt liberalitatem & munificentiam exerceat: Hæc proprie donatio appellatur: Dat aliquis vt tunc demum accipientis fiat, cum aliquid secutum fuerit: Non proprie donatio appellabitur: sed totum hoc donatio sub conditione est.*

Quæst. 53. *An donatio conditionalis propria sit donatio?*

Equidem Glossa *in d. l. 1. verb. secutum*, statuit donationem sub conditione esse proprie donationem. Id quod post Curtium

tium Iuniorem *in l.1. num. 73. ff. si cert. pet.* etiam Iulius Clarus confirmat *in lib. 4. sent. §. donatio q. 2. n. 1.* Idque ex ea ratione quod licet aliqua dispositio habeat annexam conditionem, illa tamen conditio non sit qualitas quæ mutet substantiam actus, & ideo donatio non desinat esse vera ac propria ob conditionem adiectam.

Veruntamen sententiæ huic è diametro repugnat *d. l. 1.* ita vt nulla ratione sustineri queat: Nec sane verum est, quod conditio non sit talis qualitas quæ donationis mutet substantiam. Quanquã enim hoc in aliis contractibus atq; conuentionibus procedit, in donatione tamen locum sibi vindicat. Donatio enim nihil aliud est, quam mera liberalitas *d. l. 1. in verb.* & propter nullam aliam causam facit, quam vt liberalitatem & munificentiam exerceat. Hoc autem de conditionali donatione asseri non potest. Deinde de substantia donationis propriæ est, vt donans statim velit rem donatam accipientis fieri, nec vllo casu ad se reuerti. *d. l. 1.*

At hoc itidem secus se habet in conditionali donatione; Conditio proinde donationi annexa est eiusmodi qualitas, quæ donationis mutet substantiam; ac consequenter donatio conditionalis est impropria donatio.

Quod idem de donatione reciproca ac remuneratoria asserendum videtur. Nec enim solius liberalitatis & munificentiæ causa fiunt, sed vt vel aliud quippiam vicissim detur, aut quo remuneretur quod accepit donatarius.

Hinc est quod remuneratio opponitur donationi *in l. si vero non remunerandi ff. mandati.* quia non tam est donatio, quam accepti beneficii compensatio. Bartol. *in l. si fratre n. 57. ff. de condict. indeb.* & *in l. 1. ff. de donat.* Andreas Gailius *2. obseruat. 38. num. 5.* Hubert. Giphanius ad *rubr. tit. ff. de donationib. num. 34.*

Quæ. 54.

Hæc porro remuneratoria donatio non solum irreuocabilis est, sed etiam insinuatione prorsus non indiget; pro qua re textus est *in l. si pater 34. §. 1. ff de donat.* vbi asseritur, remuneratoriam donationem siue eam, quæ facta est propter liberationem ab hostibus vel latronibus esse irreuocabilem, licet immodica siue extra modum legitimum fuerit. Verba textus hæc sunt: *Si quis aliquẽ à latrunculis vel hostibus eripuit & aliquid pro eo ab ipso accip a: Hæc donatio irreuocabilis est: quod contemplatione salutis certo modo æstimari non placuit.* *An remuneratoria donatio indigeat insinuatione?*

Idemque comprobare videtur *l. 27. ff. eod. tit.*

Et sane ratio quoque, cur remuneratoria non opus habeat insinuatione, satis dilucida esse videtur: est enim beneficii quædam merces, & quidem eiusmodi beneficii quod æstimationem non recipit *d. l. 34. §. 1.* Vnde sequitur quod nec ipsa donatio siue remuneratio certam habeat præfinitam quantitatem.

In donatione reciproca itidem eiusdens militat ratio: Idcirco enim taxationẽ non recipit, quia cum onere coniuncta est, eaque spe facta, vt tantundem recipiat donator, quantum donat. Andr. Gail. *2. obseruat. 40 num. 8.*

Et hanc sententiam comprobant haud postremi nominis ICti Iulius Clarus *lib. 4. sentent. §. donatio, q. 3. n. 1.* Andr. Gail. *d. num. 8.* Iacob. Cuiac. *lib. 5. sentent. Paul. tit. 11. §. 6. & 7. obseru. 33.* Francisc. Hotom. *consil. 1.*

Cæterum non desunt qui contrariam sententiam, quod nempe reciproca & remuneratoria donationes non minus atque reliquæ inter viuos donationes, insinuari debeant, comprobent, quos nouissime secutus est Hubertus Giphanius *d. rubric. ff. de donat. num. 48.*

Et pro hac sententia facit primo generalitas legum & constitutionum illarum

rum, quæ donationem inter viuos insinuari iubent, *L.32.l.34.§.1.l.35.§.fi.C. de donat.* Nec enim illis in locis quicquam reperitur de donatione reciproca vel remuneratoria non insinuanda.

2. Deinde facit eo *Nouella Leonis 50. pr.* vbi ita scribitur: *Quandoquidem multi alias gratias relaturi, alii at benigno duntaxat proposito moti, dona in nonnullos conferunt, &c.* quibus verbis videntur contineri donationes tam remuneratoriæ quam meræ: Adiungit deinde Leo Imp. In iis donationibus introductam esse necessitatem insinuationis, sed eam sibi displicere: Eius igitur Nouellæ argumento, inquit Giphanius, colligi potest, etiam in remuneratoriis necessariam esse insinuationem.

Mihi hæc argumenta paulo infirmiora esse videntur, quam vt priorem sententiam verissimam infringere queant.

Tametsi enim generalis extet regula de donationibus excedentibus 500. solidos insinuandis: excipitur tamẽ donatio reciproca vt & remuneratoria satis aperte ab ista regula *in l.27. & l.34 ff. de donat.* vnde etiam supra allegati generales textus cum isthac exceptione exaudiri debent arg. *l.28 ff. de legib.*

Certe *Nouella Leonis 50.* parum ad rem facit: Tum quia per se non habet iuris authoritatem in hoc occidentali Imperio Romano: prout hoc alibi prolixius & ex professo à nobis ostensum est. Tum quia ista nouella probat potius nostram sententiam, si modo aliquid ad rem facit, quod nempe donatio reciproca & remuneratoria insinuatione non indigeat: est enim Leonis in ea constitutione intentio, vt tollat insinuationem, atque eam ad donationes necessariam non esse ostendat; qua itaq; ratione exinde inferri queat reciprocam & remuneratoriam donationes à necessitate insinuationis non immunes esse debere plane non video.

Obiter quasi & præter propositum inspergit hoc loco Treutlerus noster quæstionem volem vsuque non adeo infrequentẽ, Si princeps vnum idemq; castrum diuersis temporibus duobus donarit duobus, vtrius illud sit, prioris an posterioris? *Quæst. Si princeps vnum idemque castrũ diuersis temporibus duobus donarit, vtrius esse debeat?*

Et pro priori facit textus *in l prædia. C. de loc. præd. ciu.* quo in loco Impp. Theod. & Valent. hæc in verba rescribunt *prædia domus nostræ si semel iure perpetuo, vel nostra præceptione vel auctoritate illustris viri, comitis ærarii priuati apud aliquem fuerint, vel iam sint collata; ad alium transferri perpetuarium non oportet: Aperte enim definitius hoc edicto vt à perpetuario nunquam possessio transferatur, etiamsi alteri imperator vel exoratus, vel sponte donarit, siue adnotatione, siue pragmatica, &c.* Quod ipsum ex modo adductis verbis sanctionis imperialis ita ampliatur, vt quamuis posterior donatio motu proprio sit facta, non tamen subsistat.

Ratio autem huius sententiæ est ista hæc, quod causam habens à principe à nemine molestandus est *l omnes. l. bene à Zenone. C. de quadriennii præscript.*

Accedit & ista ratio quod in principe, vt qui foris est omnis iustitiæ, cõstantissima debet esse voluntas, & ideo principi vna debeat esse lingua & vnus calamus, non plures. secund. Bald. *consil. 327. n. 4. vol. 1.* citante Gailio *2. obs 55.*

Sed tamen obstare videtur *l. quoties. 15. C. de Rei vindic.* vbi Aureliæ Philoxenæ hæc in verba rescribitur: *Quotiens duobus in solidum prædium iure distrahitur, manifesti iuris est, eum, cui priori traditum est, in detinendo dominio esse potiorem. Si igitur antecedente tempore te possessionem emisse ac pretium exsoluisse apud præsidem prouinciæ probaueris, obtentu non datorum instrumentorũ expelli te à possessione non patietur.* Ecce hic non spectatur, vbi prius venditũ fuerit prædiũ, sed vtri prius fuerit traditum, vt hic posterior priori sit potior. Igitur & in nostro

nostro casu is; cui prius donata res fuerit, non praeferetur alteri, cui posterius res quidem donata, prius vero tradita fuerit, verum hic altero potior erit.

Verum si probe argumentū hoc ponderetur, non admodū sententiae nostrae refragabitur. Loquitur enim *d. l. quotiens.* expresse de priuatis, quib⁹ & rescripta & praescripta ab Imperatorib⁹ fuit; ad principes proinde, qui legibus huiusmodi ciuilibus soluti sunt, *l. 31. ff. de legib.* extēdi ac porrigi nō debet. Et quod ista cōstitutio *d. l. quotiens* in principe non procedat, testatur Gailius *de obseru. 55. n. 5.* vbi & rationē hāc reddit, quod in principe hoc singulariter sit receptū vt rei donatae dominiū statim in donatarium absq; vlla traditione transeat, authore Iasone *in d. l. quotiens n. 5. & n. 10.* quod vtrū verum sit, haud immerito dubites. Verum vtut sit, ex aperta *d. l. praedia. C. de locat praed. ciuil.* dispositione relucet, quod in principis donatione prior tēpore sit potior iure; adeo vt nō attendatur, an secundo donatario traditio facta sit, nec ne, Gail. *de obseru. 55. n. 6.* vbi allegat Romanū *cōsil. 298.*

Non obstat praeterea quod princeps in cōtractibus vtatur iure communi & consideretur vt priuatus vt qui obligetur de iure naturae *l. 1. ff. de pact.* quod omnibus hominib. est cōmune *§. 1. I. de iure nat. gent. & ciuil.* Sicut igitur ex contractu priuatis, cui prius res promissa est, non praefertur posteriori, si huic rei traditio facta sit *d. L. quotiens. C. de Rei vindicat.* Ita quoque idem dicendum est, principe cum duobus, diuerso tempore, contrahente.

Hoc, inquam, non obstat; Nam bene respondet Gailius distinguendo vtrū donatio principis facta sit per modū gratiae, contemplatione videlicet meritorū vel seruitiorū, prout in casu nostro donatio facta erat: an vero donatio per modum cōtractus sit facta: Vt priori casu locum habeat id, quod hactenus propugnauimus, dominiumq; transferatur sine traditione, cum haec sit natura collationis gratiosae, per notata *in c. si tibi absenti. de praebend. in 6xt.* ac quaelibet gratia principis habeatur pro priuilegio, vt notant Iohann. Andr. *in cap. olim. de verbor. signific.* Iason *in d. l. quotiens. n. 10.* posteriori vero casu locum tantum habeat id, quod modo obiectum fuit.

Equidem sententiam nunc propugnatam tunc fallere arbitrantur Andr. Gail. *d. obseru. 55. n. 7.* Iason *in l. rescripta. n. 2. C. de precib. Imperator. offerend. n. 2. & in l. fin. n. 3. C. si contra ius vel vtilit. public.* Felin. *in cap. quae in Ecclesiarum. n. 48. de constit.* & quos praeterea Gailius d. loc. allegat. quando princeps posteriorē donationē expresse facit cū clausula derogatoria, qua priorē reuocat, vt, cū dicit, se, non obstāte priori donatione, tē huic posteriori donatam esse velle. Et fundamentū huius sententiae sine limitationis in eo cōstituit Gailius, quod summo principi ex plenitudine potestatis, vel ex certa sciētia aliquid facienti nemo cōtradicere possit *l. sacrilegium. C. de crimin. sacrileg.*

Sed Treutlero nostro isthaec exceptio displicet, propterea quod in cōtractibus priuatis, qualis etiā sit donatio, princeps vtatur iure priuati. Verum facile huic rationi responderetur per distinctionem Gailii superius adductam.

Proinde vt de hac quaestione sententiā meā libere exponam, existimo praefatā limitationē non omnino reiici posse, nō quidem propter rationem Gailii, quod videlicet princeps ex plenitudine potestatis suum interdum alteri auferri possit; Hoc etenim principium sub *d. disput. 1. vol. am. prior.* satis prolixe ac solide refutatum fuit. Sed ideo, quia priuilegium, vt & concessio, à principe priuato alicui facta, rursus à principe tolli & in alium transferri possunt, vt de hoc alibi pluribus à nobis tractatum fuit. Sed quoniam in hac & praecedenti quaestione dictum est aliquoties, quod princeps

in contractibus pro priuato habeatur, iure priuatorum vtatur, hoc vero non perinde expeditum videtur propter diuersas de eo Interpp. opiniones, idcirco quid nam ea de re habendum ac statuendum sit, paucis exponemus.

Equidem sunt qui existiment, principem in conuentionibus ac contractibus non iure priuatorum communi, sed iure quodam proprio ac priuilegiato vti, hoc nempe, vt quanquam priuatus cum ipso principe contrahens ex contractu efficaciter obligetur, eundemq; instar legis inuiolabiliter custodire & obseruare teneatur, *l.1. ff. de pact. l.1. ff de constit. pecun.* princeps tamen priuato non vicissim sic obligetur, sed in ipsius libero sit arbitrio, velitne pactioni stare, an minus.

Et pro hac sententia ista vtuntur ratione, quod princeps legibus sit solutus, *l.31. ff. de legibus.* contractus vero & pactũ principis est lex: sic enim expresse appellatur *in l. don. quas diuus in verb.* vtpote imperialibus contractibus legis vicem obtinentibus. *C. de don inter vir. & vxor Et in l Cæsar. 16. ff. de publ. & vect.* Quare princeps non tenetur pacto & contractu cum priuato inire. Sed tamen verior est contraria opinio; Non solum quia in commutatiua iustitia, quæ in contractibus & pactis dominatur, rerum duntaxat, non personarum habetur ratio, Wesenbecius *in parat. l. de iustit. & iure n.11.* Sed etiam quia pacta iuris sunt gentium ac iuris naturalis, *l.1. de pact. l. 7. pr. eod. l.1. de const. pec.* quo iure omnes tenentur homines. *L omnes populi ff. de iust. & iure*, nec vlla est hominum differentia, §. *2. Inst. de Iure Nat. Gent. & ciu.* Nec vero ratio in contrarium adducta quicquam obstat. Quod enim primo dicitur, principem legibus esse solutum, *d. l.31. ff. de legib.* id de ciuilibus duntaxat legibus, non vero de naturalibus accipiendum, vide *tract. de Authar. iur. c.1. q.6.* At pactum non est ciuilis, sed naturalis iuris, *d. l. 1. de pact. & l.1. ff. de pecun. constit.* proinde etsi contractus & pactum principis esset lex, tamen quia non ciuilis, sed naturalis lex foret, eo non solutus, verum adstrictus esset princeps. Deinde contractum principis esse legem, ac vim legis obtinere, nego & pernego: Tum quia alias & tertio præiudicaret, eundemque ad obseruantiam obstringeret, quod absurdum & contra *l.27. §.4. ff. de pact.* Tum etiam quia ius gentium principi cum priuato commune est: At hoc ius pacta obseruari iubet, *d. l.1. de pact.* Nec contrarium probat *l. Donationes quas, C. de donat. int. vir. & vxor.* Nam illius legis hic est sensus, quod vt omnes contractus & pacta ipsos contrahentes instar legis tenere dicuntur, *l. legem quam, C. de pact. l. 23. de R. I. cap. contractus de R. I. in sext l. §. si conuenerit. ff. depos.* Ita vt contractus principis, quoad ipsum & eum, quo cum contraxerit, legis vicem habeat; sic, vt quemadmodum lex illos, quibus præscripta est, ad sui obseruantiam obligat, ita quoque pactum & contractus principis cum principem ipsum, tum & priuatum, qui cum eo contraxit, ad obseruantiam obliget: Reliquis vero qui pacto non sunt comprehensi, nec prosit, nec noceat. Vasquius *lib. 1. Illustr. contr. c. 3. n. 6.* prætere a Gregorius Lopezius *1. animadu. 35.* respondet adductam *l. donationes.* hoc saltem velle, quod etsi alias donatio inter virum & vxorem regulariter non valeat, tamen quia hoc iure mero ciuili & positiuo constitutum, ideo donationem valere inter principem eiusdemque coniugem factam, ita vt quemadmodum id, quod principi placet, legis habet vigorem, §. *sed & quod princip. I. de iure nat. gent. & ciuil.* Ita & contractus principis vim legis obtineat. Et exinde, sicut lex tollit & consuetudinem, ita lex & consuetudo per contractum principis, qui illis contrarius est, abrogen-

abrogentur; & sufficiat illi placuisse sic contrahere ad hoc, vt etiam, lege ciuili repugnante, contractus subsistat.

Alii respondent, tum demum contractum principis legis vicem obtinere, si animo condendæ legis celebretur, idque in contractu diserte caueatur & exprimatur, atque ita intelligendam, *d. l. donationes*.

Sunt etiam qui statuant principis contractum legis vicem obtinere non simpliciter, sed secundum quid tantum, eoque nimirum casu, quando cum iuris ciuilis præpedito & ad contrahendū minus idoneo atque inhabili contractum princeps init: Tunc enim hoc ipso quod princeps contrahit, legis vicem subire istiusmodi contractum censeri iurisque ciuilis impedimentum tollere, quod ante contractum contrahentem cum principe præpediebat. Vt enim ante ciuile ius obstaculo erat, quo minus capax habilisque esset cum principe contrahens; Ita nunc alio ciuili iure, principis nempe interuentu, qui in hisce rebus parem cum iure ciuili potestatem habet, eliditur atq; perimitur prioris iuris obstaculum, capaxque & habilis, qui ante habilis non erat, efficitur.

Quin etiam non desunt, qui idcirco *d. l. donationes* ad rem non facere existimant, quia donatio illic inter principes coniuges fuit celebrata, quorum tantum respectu vim legis habere dicitur.

Denique Petr. Heigius *in §. sed & quod principi, l. de iur. Nat. Gent. & Ciui.* ait, quod *in d. l. donationes* dicitur *donationem vicem legis obtinere*, id sic accipiendum, vt quod princeps suis in contractibus contra iuris ciuilis solennitatem facit, legitimum ac firmum habeatur, quoniam idem in aliorum actibus solennitates supplet, *l. omnium. 19. C. de test.*

Similiter parum ad rem facit allegata *l. Cæsar.* Siquidem ibi vocabulum legis, & vt alias frequenter, idem significare quod pactum videtur, *l. 23. de R. I. l. 52. de oblig. l. legem quam. D. de pact.*

Nec denique quicquam mouet, quod principum placita legis habeant vigorē, *d. §. sed & quod princip.* Nam id tum demum verum est, cum id animo condendæ legis principi placet: non vero cum animo contrahendi, eumq; duntaxat, cū quo contrahit, obligandi: Item, cum quid princeps, vt princeps, in vtilitatem publicam decernit vel constituit, non vt priuatus priuatæ vtilitatis causa.

Monet hic Autor noster, si donatio inter plures fratres vltro citroq; facta sit, vt superstites bonis defunctorum ad arbitrium, tanquam suis vtantur, non posse huiusmodi donationem postea ab vno vel altero fratrum reuocari, vel cum effectu tertio fieri aut extraneo alicuiusque adeo vt quanquam illi traditio sit facta inefficax tamen nihilominus sit donatio: Tum quia donatio prior vt pote consensu inuiolabiliter custodiri debet, *l. 1. ff de pact. l. sicut. C. de obligat. & act.* Tum quia prioribus donatariis ex donatione ius quæsitum est, quod iis sine iusta & legitima causa auferri non potest, *l. Id quod nostrum ff de reg. iur.* Tum denique quia Regula iuris est, quod nemo sententiam suam in alterius præiudicium mutare possit, *l. Nemo potest. 75. ff. de reg. iur.* Tum denique quia priores donatarii ex donatione vltro citroq; facta atque ita remuneratoria habent ius quæsitum ex titulo oneroso, atque ita de damno vitando laborant: At tertius ille vel extraneus ex titulo lucratiuo, & ideo de lucro faciendo certant.

De donationibus conditionalibus subiungit hic Autor noster, quod conditione non impleta, ob quam donatio facta erat, possit donatio per condictionem causa dati, causa non secuta, retractari, ex *l. 2. l. 6. l. 8. C. de condict. ob caus.* Quod hactenus admitto, quatenus id, quod donatum fuit, etiam traditum est, *Lit. B.* *Quæ. 56.* *Quanam actio competat ad reuocandam donationem?*

XX 3. ex.

ex eo siquidem tempore incipit donatio contractus esse innominatus do vt facias, aut do vt des, vnde condictio ista causa dati competit ad rem datam reuocandam contractumque resoluendum, vel actio præscriptis verbis competit aut ad hoc vt præstetur quanti interest dantis causam esse secutam, aut vero ad hoc, vt contractus impleatur, & id propter quod res data est, præstetur aut fiat *l. 5. § 1 ff. de præscript. verb. l. 28. de donat. l. 9. l. 22. C. eod.*

Præter has autem actiones ad reuocandam donationem sub conditione vel modo, comparatas, datur etiam rei vindicatio, siue in rem actio, in casu *l. 1. C. de donat. quæ sub modo.* Casus vero est eiusmodi: Titius donarat Sempronio prædium aliquod, sed ita & sub hoc modo, vt Sempronius donatarius sibi Titio donatori alimenta præstaret, Donatarius accepto prædio donato, alimenta præbere donatori noluit, & dicitur hoc casu etiam rei vindicationem donanti competere de prædio sibi restituendo: At videtur hoc rationi iuris plane refragari: Nulli siquidem rei vindicatio competit, nisi dominus sit rei petitæ. *§. 1. Inst. de act. l. 23. pr. ff. de Rei vindicat.* Atqui donator ex causa traditionis rem suam alteri tradendo desiit esse dominus *§. per traditionem, I. de Rer. diuis.* Cum igitur dominus esse desierit, non poterit rem donatam vindicare. Et sane fatendum omnino est, iure communi inspecto, non posse donatori actionem in rem competere, Vnde etiam recte noster Treutlerus ait in solo ac speciali casu *d. l. 1.* hoc receptum esse: id quod etiam verba ista *in hoc casu* satis luculenter demonstrant: Causam vero iuris huius singularis & exorbitantis constituit Cuiacius in fauore singulari alimentorum, qui in iure non exiguus est.

Equidem Hubertus Giphanius ad *d. l. 1.* per actionem in rem, quæ illi donatori dari dicitur, intelligit actionem in rem vtilem, qualis etiam non dominis in iure dari soleat *l. 5 §. de arbore. ff. de Rei vind. §. litera. I. de R. diuis. §. Namque 4. I. de act.* Verum nititur ista opinio mera coniectura, cum textus nihil tale insinuet.

RESOLVTIO THESIS *Nona.*

ET hactenus de donationibus inter viuos, tam propriis, quam impropriis: Nunc superest vt de donatione mortis causa nonnihil subiiciamus.

Mortis causa donatio illa dicitur, qua quis intuitu & contemplatione mortis quippiam donat; Ita quippe ipse Iustinianus *in §. 1. I. de donat. Mortis,* ait, *causa donatio est, quæ propter mortis fit suspicionem, cum quis ita donat, vt si quid humanitus ei contigisset haberet is qui accipit: sin autem superuixisset is, qui donauit, reciperet, &c.*

Huius autem donationis species tres recensentur *in l. 2. ff. de mort. caus. donat.* primo enim fit donatio mortis causa sola mortis cogitatione sine vllo periculi metu, *l. 31. §. si sine donatione. in fine. ff. de donat. mort. caus. l. 35. §. mortis causa. ff. eod,* vbi Paulus: Fit enim, inquit, extra suspicionem illius periculi à sano & in bona valetudine posito & cui ex humana sorte mortis cogitatio est. Secundo, fit donatio mortis causa ob imminens periculum mortis, ita vt res donata statim fiat accipientis. Tertio fit donatio mortis causa ob præsens mortis periculum, sed ita vt non statim fiat accipientis, sed demum post mortem. Quas tres species distincte narrauit & hisce verbis complexus est Vlpianus *in d. l. 2. Iulianus in libro septimo decimo Digestorum tres esse species mortis causa donationum ait: Vnam cum quis nullo præsentis periculi metu conterritus, sed sola cogitatione mortalitatis donat: Aliam esse*

esse speciem donationum mortis causa ait, cum quis imminente periculo commotus ita donat, vt statim fiat accipientis, Tertium genus esse donationis ait, si quis periculo commotus non sic dat, vt statim faciat accipientis sed tunc demum cum mors fuerit insecuta.

Cæterum donatio mortis causa non præsumitur facta, nisi in illa expressa mortis mentio sit facta; adeo vt non sufficiat quod donator in periculo mortis fuerit constitutus, per textum *in l. 42. §. 1. ff. de mort. caus. donat.* vti hoc supra pluribus fuit declaratum sub *thes. 2. lit. a.*

Quæ. 57. *An donatio mortis causa hac lege facta, vt nunquam reuocetur, degeneret in donationem inter viuos?*

Quia porro donatio mortis causa ex sola pœnitentia reuocatur *d. §. 1. l. de don.* idcirco quæritur, si mortis quidem causa expresse donatio sit facta, sed hac adiecta clausula; quod nunquam ex sola pœnitentia reuocari debeat, vtrumne maneat mortis causa donatio, an vero immutata eius natura incipiat esse donatio inter viuos?

Equidem Iacob. Cuiac *in consult. 30.* Andr. Fach. *5. contr. 23.* Hotom. *cons. 72.* Henr. Bocer. *in tract. de donat. c. 5. n. 2.* statuunt eiusmodi donationem assumere naturam donationis inter viuos & desinere esse mortis causa donationem.

1. Quia quotiens pacto & conuentione rei alicuius substantiale vel essentiale tollitur, aut mutatur, totiens res quoque ipsa tollatur, vel in aliud genus transmutetur *l. pacta conuenta. 72. ff. de contr. empt.* At donationis mortis causa substantiale est, vt reuocari possit. Quare hoc per pactũ mutato, intelligitur quoq; ipsa donatio in aliud genus mutata.

2. Quia Iustiniani constitutione *in l. fin. C. de donat. mort. caus.* quæ allegatur *in l. 1. Inst. de donat. mortis causa*, donatio exæquata est legatis per omnia: Atqui legatorũ natura respuit pactum, quo id agitur, ne vllo casu reuocetur, *l. 22. de legat. 3.* vbi Hermogenianus ita scribit: Si quis in principio testamenti adscripserit, *cui bis legauero*, semel deberi volo, postea eodem testamento vel codicillis sciens sæpe eidem legauerit, suprema volũtas potior habetur: Nemo enim eã sibi potest legẽ dicere, vt à priore ei recedere nõ liceat. Sed hoc ita locum habebit si specialiter dixerit prioris voluntatis se pœnituisse & voluisse vt legatarius plura legata accipiat. Quocirca & donatio mortis causa nõ admittet pactũ istud de donatione semel perfecta non reuocanda.

3. Quin & textus apertus hanc sententiam confirmare videtur in *l. 27. ff. de donat. mort. caus.* In qua Martianus; *vbi ita*, inquit, *donator mortis causa, vt nullo casu reuocetur, causa donandi magis est, quam mortis causa donatio, & ideo perinde haberi debet, atque alia quævis inter viuos donatio; Et ideo inter viros & vxores nõ valet, & ideo nec falcidia locũ habeat, quasi in mortis causa donatione.*

Sed contrariam sententiam, quam & Giphanius atq; Corasius *in l. vlt. 27. ff. de mort. caus. donat.* & Anton. Faber. 45. *error. pragmat.* amplectuntur, veriorẽ iudico.

1. Quia pacta solent legem & formam dare negociis *l. 7. §. quinimo ff. de pact. l. 13.* C. *eod. l. 72. ff. de contrah. empt.* cur itaq; pactum istud de donatione mortis causa reuocanda, non valeret atque donationi mortis causa legem & formam daret?

2. Confirmat hoc idem & *l. 13. in fine. ff. de mort. caus. donat.* in qua Iulianus: *Sic quoque potest donari mortis causa, vt nullo casu sit eius repetitio, id est, nec si conualuerit donator.* Quæ verba repetit Paulus *in l. 35. §. 4. in fine. eod. tit.*

3. Assentitur illis Iustin. *in Nou. 87. dum in hæc verba scribit: Donationem mortis causa legatum esse omnimodo decidimus, nec confectione monumentorum indigere sed licentiam habere facere ipsam & inferre ipsi etiam certos fines, quos donator voluerit, & si hoc fecerit licentiam habere renunciare etiam huic ipsi facultati, qua possit pœnitere super talibus donationibus reuocandis & quos vtique voluerit terminos inserere mortis causa dona-*

donationibus, ficuti Iulianus sapientissimus constituit, &c. Hoc igitur scientes putauerunt oportere secundum modum hunc facere quasdam mortis causa donationes & inserere pacta secundum legem ad auferendum potestatem sibi ipsi super donatione pœnitenti, eam reuocandi. Alium vero terminum placentem addere ipsis donationibus, vt inde ipsis nimirum liceat facere donationes à reuocatione liberas, & ita suas minuere substantias. Quo fine nihil possit dici apertius, quam quod donationi mortis causa pactum, de ea non reuocanda adiectum valeat, & hactenus naturam illius donationis transmutet, vt neque ex pœnitentia reuocari possit.

Equidem non me latet, dissentientes ad textus hactenus adductos respondere, quod donatio causa mortis ita fieri possit, vt nunquam absolute reuocetur, sed vt nullo casu fit donatæ rei repetitio, scilicet etiamsi donator conualuerit: vel dicendum esse, ita donari quidem posse causa mortis, vt nullo casu absolute reuocari possit, sed talem donationem non fore mortis causa, verum inter viuos iuxta *d. l. 27. ff. de mort. caus. donat.*

Cæterum vtrumque horum aperte refellitur *d. Nouell.* 87. *præfat.* vnde plus quam manifeste relucet, non solum pacto id caueri posse, ne ex causa conualescentiæ, sed etiam ne ex causa pœnitentiæ donatio reuocetur: item donationem, cui huiusmodi pactum adiectum est, esse donationem mortis causa: Nam propositum fuit Iustiniano docere, quomodo donatio mortis causa fiat, & verum sic etiam valeat, si quis pœnitentiæ pacto renunciarit? de quo expresse Iustinianus donationibus mortis causa posse pactum huiusmodi inseri, quo reuocationi renuncietur.

Ad *primum* contrariæ opinionis argumentum respondeo: non esse partem donationis mortis causa substantialem, quod reuocari potest, sed ad vim duntaxat & effectum eius spectare, adeoque de adminiculis eius esse, quæ mutari posse per pacta subiecta, probat *l. 72. de contrah. empt. l. 7. §. quinimo. ff. de pact.* & in specie in proposito idem clare testatur Iustinianus *in d. Nouell. 87. præfat.*

Ad *secundum* resp. donationem mortis causa legatis exæquatam esse, non simpliciter per omnia, sed fere per omnia, *d. §. 1. I. de donat.* Et quoad propositum diuersam esse legati & mortis causa donationis conditionem, probat luculenter *d. præfatio Nouellæ* 87. Nec obstat ratio ibi assignata, quod nemo eam sibi possit legem dicere, vt ei à priori voluntate recedere non liceat. Resp. Nam hoc eatenus solum non procedit, quatenus lex non permittit hanc sibi legem dicere. At in proposito Iustiniani constitutio expresse permittit donatori hanc sibi legem dicere *d. Nouell.* 87.

Ad *tertium* resp. *in d. l. 27.* hoc saltem velle Marcianum, quod si formam essentialem donationis huiusmodi spectemus manere donationem mortis causa, idque etiam sentire leges proxime à nobis adductas: sin vero effectus eius intueamur, veluti quod non valeat inter virum & vxorem, nec in ea locum habeat lex Falcidia, quia hi sunt effectus donationis inter viuos, horum respectu magis donatio inter viuos, quam donatio mortis causa. Denique etiamsi *d. l. 27.* id aperte diceret donationem huiusmodi degenerare in donationem inter viuos, correcta tamen & emendata esset Nouella Iustiniani constitutione 87. Quæ. 58. *An vtriusque & donantis & donatarii præsentia ad mortis causa donationem requiratur?*

De hoc etiam non leuis disceptatio est, vtrum vtriusque donantis & donatarii præsentia necessaria sit ad hoc, vt perfecta dicatur donatio mortis causa? Etenim affirmandum hoc prima fronte videtur per textũ *in l. 38. ff. de donat. mort. caus.* vbi dicitur, *mortis causa donari, quod præsens præsenti dat.*

Veruntamen ab hac sententia recedit

dit Fr. Hotom. *lib. 8. obseru. c. 18.* hisce rationibus motus.

1. Quod donatio inter viuos recte in absentem fiat, ac proinde aut per nuncium aut per Epistolam celebratur, *l. 4. l. 10. ff. de donat. l. 6. & l. 13. C. eod. tit.* cur autem mortis causa donatio nō æque conferri in absentem possit, causa nulla penitus reddi queat.

2. Quia non potest ratio reddi, quare in donatione mortis causa, vtriusque partis potius, quam in cæteris iurisgentium conuentionibus requiratur, cum non sit legis actio, qualis est emancipatio, manumissio, adoptio, quæ præsentiam vtriusque desiderant *l. Actus ff. de Reg. Iur.*

3. Quia exemplum donationis mortis causa per internuncium factæ extat expressum *in l. sed interim 11. §. 1. ff. de donat. int. vir. & vxor.*

4. Insuper cum hæc donatio mortis causa etiam ante Iustiniani constitutionem ad similitudinem legatorum redacta sit per omnia §. *1. I. de donat. l. 2. ff de public. l. Marcellus 15. Etsi 18. l. illud. 37. ff. de donat. mort. cauf. l. vlt C. eod. tit.* causa nulla proferri possit, quare legare absenti liceat, non etiam mortis causa donare.

Ex hisce rationibus statuit Hotomannus *in d. l. 38.* pro his verbis *quod præsens præsenti dat*, aut legendum esse, *quod præsens datur* vel *quod in præsenti dat*, vel quod quis de suo & præsens dat, ita vt vox *præsens* non ad personam, sed ad tempus referatur, vti est apud Ciceronem *lib. 2. offic. quanquam quod præsens, tanquam in manum datur, iucundius est, &c.* & apud Terentium, *præsens quod fuerat malum, in diem abiit.*

Quæ. 59. *An donatio mortis causa ab intestato legatis sint exæquata.*

Hanc porro donationem mortis causa legatis per omnia esse exequatam aperte Iustinianus scribit *in d. §. 1. I. de donat.* quod tamen non ita simpliciter & absolute accipiendum esse ipse innuit Iustinianus, dum statim subiungit *Fere per omnia* mortis causa donationem legatis esse exæquatam: Ista enim exæquatio procedit solum quoad effectus, non etiam quoad substantialia & naturalia legatorum, vt ipse Iustinianus se interpretatur *in l. final. C. de donat. mort. cauf.* in verbis *Et omnes effectus sortiatur, quos vltima habent liberalitates, neque ex quacunque parte absimilis intelligatur.* Cæterum vtrum omnes & quæuis donationes mortis causa sint legatis exæquatæ? Quæstionis est non perinde expeditæ: Etenim Iacob. Cuiac. 3. *obseru.* 17 *& 20. obseru. 6. & in tract. ad African. 2. in l. 10. ff. si quid in fraud. credit.* statuit donationes solum ex testamento; non etiam ab intestato legatis esse exæquatas. Mouetur autem in hanc sententiam *l. si filius. 20. ff. de legat. præstan.* in qua disertis verbis Marcianus scribit: *ab intestato comparationem nullam legatorum occurrere.* Et hoc videtur esse quod Iustinianus scribit, *donationes mortis causa legatis fere per omnia esse comparatas.*

Verum contra donationes mortis causa vniuersas, siue ab intestato, siue ex testamento deferantur, esse exæquatas legatis, verior est opinio, eamque post veteres tuentur Donell. *14. comm. 33.* Bocer. *de donat. c. 5. nu.* 4. Fr. Hot. *in l. fin. C. de don. mort. cauf.*

1. Quia Iustinianus *in d. l. fin. C. de mort. cauf. donat.* sancit *Omnes* donationes mortis causa legatis exæquari.

2. Quia nullibi Iustinianus distinguit post hanc emissam constitutionem, vtrum ex testamento, an vero ab intestato facta sit donatio: At sine dubio distingueret, aut alicubi distinctionem vel leuiter saltem innueret, si distinguendum esset. Quin potius in omnibus constitutionibus suis, in quibus exæquationis istius meminit, generaliter & indistincte legatis similes esse mortis causa donationes sancit, vt *in l. 3.*

C. de inoffic. donat. l. 2. C. de donat. mort. causs. Nouell. 87. in præfat.

Neque hanc opinionem subuertit Cuiacii fundamentum, quod constituit *in d. l. 20.* Ad hoc enim diuersimode responderi potest 1. *d. l. 20.* loqui de bonorum possessione contra tabb. quam Iuriscon ultus ibi neget filio dari, si pater quid donauerit mortis causa intestatus; cum nullæ sint tabulæ, contra quas ei detur bonorum possessio: siquidem tabulas, hoc est, testamentum non fecerit pater, sed intestatus decesserit: Secus vero esse si pater testatus quid dederit alicui mortis causa. Hic enim occurrere comparationem legatorum & donationis mortis causa, non etiam ibi. Nam iure pandectarum solo testamento fuisse relicta & non etiam ab intestato, *l. ult. pr. Digest. de legat. 1. l. 36. ff. de legat.* 2. Illam vero donationis mortis causa & legatorum exæquationem perfecte factam esse Iustiniani constitutione *in l. fin. C. de mort. causs. don.* 2. Respondetur etsi olim fortassis differentia fuerit inter donationes mortis causa à testato ab intestato factas, quod illæ similes fuerint legatis: At hæ non item: Id tamen hodie esse noua Iustiniani constitutione emendatum, *l. fin. C. de mort. causs donat. & d. Nouell.* 87. *pr.* vbi generaliter sancitur OMNES indistincte donationes mortis causa, quoad effectus omnes exæquari legato, vt proinde hodie omnis videatur sublata dubitandi ratio & occasio.

Sequitur, vt inquiramus, donatio mortis causa, vtrum propius accedat ad naturam vltimarum voluntatum, an vero contractuum?

Quæ. 60. *An donatio mortis causa contractibus, an vero vltimis volun-tatibus æquiparari censeri debeat?*

Boerius *consil. 34. n. 12.* statuit, donationem mortis causa magis accedere ad vltimas voluntates, quam ad contractus, verum refellitur hæc sententia aperto textu §. 1. *I. de donat.* vbi expresse dicitur, donationem legatis, quæ sunt vltimæ voluntates, *per omnia* esse comparatam. Idemque arguit quoque *l. fin. C. de donat. mort. causs.* Iulius Clarus *lib. 4. sent. §. donatio q. 5.* & vulgo Dd. statuunt donationem mortis causa, quoad modum & operationem, scilicet dum in esse deducitur æquiparari contractui, sed postquã in esse sit deducta quoad effectum & efficaciam censeri vltimam voluntatem.

Cæterum nec hæc sententia per omnia admitti potest. Nam donatio mortis causa quoad ordinationem quoque & formam in quibusdam ad vltimas voluntates propius quam ad contractus accedere videtur: testes enim ad sui ordinationem requirit *l. fin. C. de mort. causs. donat.* & quidem quinque testes quos ad perficiendos contractus necessarios esse nuspiam legitur.

Si proinde statuendum censeo: Donationem mortis causa longe maiorem habere cum vltimis voluntatibus, quam cum contractibus conuenientiam; in quibusdam tamen, sed illis leuioribus & ad substantiam eius minime pertinentibus, ad naturam contractuum accedere.

Huic vero conclusioni rursus consequens est, quod donatio mortis causa ab illis celebrari possit, quibus testandi legandiq; ius est *l. 9. & l. 25. ff. de mort. causs. don.* Hinc igitur dicendum esset minoris curatorem habenti, sine curatoris consensu posse mortis causa donare: Veruntamen obstat ei quod donatio mortis causa effectu tantum & quoad insinuationis ac testium solennitatem pro vltima voluntate habeatur *d. l. vlt. C. de donat. mort. causs.* personarum vero respectu, origine ac forma contractus speciem habeat, ac proinde huius iure regulari debeat, Wesenb. *parat. de mort. causs. donat. n. 4.*

Cæterum ego, hac ratione minime obstante, superiorem regulam, vtpote apertis in legibus fundatam, verissimam certissimamq; esse iudico, maxime cum & ratio

& ratio isthæc Wesenbecii nullibi in iure sit fundata & per *d.l.9.& 25.* contrarium expresse demonstretur.

Quæ. 61. *An filiusfam. possit bona illa aduentitia, in quibus vsumfructũ habet, mortis causa donare?*

Porro de filiofam. vtrumne bona illa aduentitia, in quibus plenam habet proprietatem sine patris cõsensu possit mortis causa donare, admodum dubitatur? Veritati tamen propior videtur illorum sententia, qui statuunt filiumf. in his casibus, quibus vsusfr. bonorum aduentitiorum non ad patrem, sed ad ipsum spectat, ea bona mortis causa donare posse. Fundamenta autem huius opinionis hæc sunt.

1. Quilibet dominus, qui habet plenum rerum suarum dominium, moderator illarum est atque arbiter, deque illis pro lubitu suo disponere potest, etiã abutendo, *l. in re mandata. C. mandati.* nisi ipsi specialiter, nominatim & expresse ius de illis statuendi & disponendi legibus sit ademptum. *§. fin. Inst. de his qui sui.* Atqui horum bonorum filiusf. plenum habet dominium, nec vllibi libera de iisdem disponendi ac statuendi facultas lege est adempta, sed potius expresse permissa, vt mox dicetur. Proinde liberum ei erit de bonis illis pro arbitrio disponere, ac consequenter eadem mortis causa donare.

2. In illis bonis, in quibus patri nihil competit iuris, filiusf. licet paganus militi comparatur, *l. 50. ad SC. Trebell.* Atqui de bonis castrensibus filiof. militi donare mortis causa licere, extra controuersiam est positum: proinde bona etiam aduentitia, in quibus plenam proprietatem filiusf. habet, nec pater quicquam iuris sibi vendicare potest, recte mortis causa donare poterit.

3. Confirmat etiam hanc sententiam, quod filiusfam. in illis duntaxat casibus alienatio interdicatur, quibus vsusfructus est apud parentes, *l. fin. Cod. de bon. quæ lib.* vbi Iustinianus *in §. 9. versic. filiusfamil.* ita scribit: *filiusfamil. in his duntaxat casibus, in quibus vsusfructus apud parentes constitutus est; donec parentes viuunt, nec de iisdem rebus testari permittimus, neque citra voluntatem eorum, quorum in potestate sunt, vlla licentia eis concedenda dominium rei ad eos pertinentis alienare, &c.* Quare cum illas duntaxat res alienare filiusfam. prohibeatur, quæ quoad vsumfr. ad patrem pertinent, sequitur cæteras res, quarum vsusfructus non ad patrem, sed ad filiumf. spectat, alienari posse.

4. Postremò comprobat hanc sententiam Nouella constitutio Iustiniani 117. c. 1. §. 1. vbi de huiusmodi rebus ita Iustinianus: *Res autem ita relictas siue donatas, positis sub potestate personis siquidem perfectæ sint ætatis, licet sub potestate sint, licentiam habeant quo velint modo disponere.* Quod si itaq; filiifam. de præfatis bonis possunt *quo voluerint modo disponere*, sequitur, vt si de illis per donationem mortis causa disponere voluerint, integrum hoc & licitum illis sit.

Huic autem sententiæ non aduersatur 1. Quod quicunque testari non potest, is nec possit mortis causa donare. *L. 1. §. 1. Digest. de tutel. & rat. distrah.* ibi Vlpianus, *vnde quæritur apud Iulianum lib. 21. Digest. si tutor pupillo auctoritatem ad mortis causa donationem accommodauerit, an tutela iudicio teneatur? Et ait teneri eum: Nam sicut* (inquit) *testamenti factio pupillis concessa non est: Ita nec mortis quidem causa donationes permittendæ sunt.* At vero filiifam. de bonis illis aduentitiis, in quibus vsumfr. ipsi habent, non possunt testari, ne quidem patre consentiente *L. pen. C. qui testam. fac. poss.* Quare nec ea bona mortis causa donare possunt.

Resp. Hoc, inquam, sententiæ nostræ nihil detrahit: nam ad maiorẽ respondetur, id quod dicitur, eum, qui non potest testari, nec posse mortis causa donare, de illis accipiendum esse personis, quæ ob

vitium aliquod ipsi personæ inhærens, quale est animi & iudicii defectus, in pupillo, furioso & mente capto testari prohibeantur: Non vero propter defectum ipsarum rerum, de quibus dispositio fieri debeat: Iam vero filiusfam. testari non prohibebatur propter vitium & quantitatem suæ personæ, sed propter defectum bonorum, quæ aut non habebat, aut habebat quidem, sed non pleno iure: Quapropter cum bona ista aduentitia, de quibus inpræsentiarum agitur, huiusmodi vitio non laborent dicendum est, filiumf. de illis, quo velit modo disponere, & consequenter eadem mortis causa donare posse. Deinde assumptio quoque falsa est: quod enim filiusf. de his aduentitiis bonis testari possit, verius est & mox in sequentibus demonstrabitur.

Similiter non refragatur, quod filiusf. nulla alia de causa bona castrensis peculii mortis causa donare possit, quam quia de iisdem testari queat, quia id Vlpianus clare exprimit *in l. 7. §. fin. ff. de donat.* vbi ait, *Caterum qui habent castrense peculium vel quasi castrense in ea sunt conditione, vt donare & mortis causa & non mortis causa possint, cum testamenti factionem habent*: Filiusfam. autem non habeat licentiam de bonis aduentitiis testandi, Ergo, &c.

Resp. Iam enim responsum fuit, filiumf. hodie testari posse de illis aduentitiis bonis, quæ proprietate plena ipsius sunt, & id infra pluribus confirmabimus. Præterea obseruandum est ICtum *in d l. 7. § fin.* non velle, quod ex potestate testandi dependeat facultas mortis causa donandi; sed potius ipsum argumentari à maiori ad minus hoc modo: si filiusfam. de bonis castrensibus testari potest, multo magis poterit ea donare mortis causa: Nam probaturus ICtus filiumf. bona aduentitia posse donare, rationem hanc adducit, quod testari possit.

Insuper nihil decerpit sententiæ nostræ, quod filiusfam. nihil possit relinquere per vltimam voluntatem, *l. qui in potestate. ff. qui testam. fac. poss.* Atqui donatio mortis causa sit quædam vltima voluntas. *L. 15. ff. de mort. caus. donat. l. fin. C. eod. tit.*

Resp. Etenim *d. l. qui in potestate* expresse de testamenti factione loquitur eamque filiofam. denegat; non vero de quauis in genere vltima voluntate loquitur: Adhæc regulariter etiam verum est filiumf. non posse donare mortis causa: Verum fallit in iis bonis aduentitiis, quæ plena proprietate filii sunt. Addit denique Gilkenius; mortis causa donationem in multis quidem habere naturam vltimarum voluntatum; sed in pluribus tamen participare de natura contractuum *l. 3. C. de don l. 22. ff. de mort. caus. donat.* contractus vero celebrare posse filiumf. etiam sine patris consensu *l. tam ex contractibus. Digest. de iudic. Nou. 117. c. 1.*

Denique non euertit nostram opinionem, quod aiunt, consensum requiri ad solennitatem donationis, cum filius non habeat integram personam ad donandum absque patris consensu.

Resp. committitur enim petitio principii, quandoquidem hoc ipsum nunc in quæstione est, vtrum filius hæcce bona absque consensu patris donare possit. Et licet in donatione illorum bonorum, quorum vsumfructum pater habet, requiratur fortassis consensus patris, id tamen propterea fit, quia agitur ibi de præiudicio patris, secus atq; tum quando bona illa, quæ integra & plena proprietate sunt filii, mortis causa donantur.

Iure Saxonico mulierem absque consensu curatoris non posse aliquid immobilium alienare certum est, & antehac sæpius id demonstratum fuit. Hinc scilicet quæstio exurgit admodum controuersa, Quæ. 62. *An iure Saxonico mulier absque consen-*

fi curatoris rem immobilem possit mortis causa donare?

uersa, vtrumne sine consensu curatoris mulier rem aliquam immobilem mortis causa alteri donare queat?

Pro negatiuæ opinione sequentia nouem argumenta producit Andreas Rauchbarus *part. 1. q. iuris ciuil. & Saxon. quæst. 32.*

1. Primo iura Saxonica, ait, quæ de donationibus, venditionibus & dotalitii renunciationibus solummodò loquuntur, partim consuetudine earũ, in quibus ius Saxonicum viget, regione, partim Nouella Electoris Saxoniæ constitutione, iam ante ad quoscunque contractus vel negotia, quæ vel in iudicio, vel extra iudicium geruntur, extensa sunt. Toming. *in decis. quæst. illustr. q. 14. n. 9. constit. Elector. 15. part. 2. in verb.* Wen wir denn solches aus Christlichem bedencken vnd Vrsachen noch weiter Zuerstrecken nothwendig Achten/&c. Vlterius igitur ad mortis causa donationes produci non debent: cum statuta & consuetudines strictè accipiendæ sint, ne nimium iuri communi derogent, *l. 24. ff. ad mun cipal. l. 21. ff. de testam. milit.*

2. Præterea in testamentis, legatis & vltimis voluntatibus iuris istaS axonici dispositio locum sibi non vindicat *d. constit. Elector. 15.* Moller. 5. *sem 21.* Atqui mortis causa donationes ad exempla legatorum redactæ sunt per omnia § 1. *I. de donat. l. vlt. C de donat mort. caus.* Igitur pręfata Electoralis constitutio in mortis causa donationibus locum sibi plane non vindicat.

3. Omnibus licet mortis causa donare, quibus permissum est testari *l. 9. l. 35. ff. de donat. mort. causa.* Iam vero plus quam certũ est, quod mulier iure Saxonico possit sine consensu curatoris testari, Igitur & mortis causa donare poterit

4. Mortis causa donatio, si proprie & accurate loqui volumus, cum partim contractus, partim vltimæ voluntatis naturam sapiat, mixta quædam species est, prout hac de re paulo supra tractatum fuit: Iam vero in statutis odiosis & exorbitantibus mistum sub simplici non comprehenditur. Tiraquell. *de legib. connub. in verb. contractat. gloss. 5. n. 69. & 71.* Moller. *in comment. ad constit. Electoral. part. 1. c. 3. n 6.* præsertim si, vt in proposito, dispar ratio sit simplicis & mixti.

5. Insuper cum in mortis causa donationibus non contractus sed vltimæ voluntatis qualitas exuberet, magis consentaneum est, non id, quod de contractibus, sed quod de vltimis voluntatibus, in Iure Saxonico, vel potius in ordinationibus electoralibus constitutum est, ad mortis causa donationes referri debere, argum. *l. quæritur. ff. de statu hom.*

6. Verba in statutis proprie accipi debent, Bartol. *in l. quod constitutum. ff. de testam. milit.* Atqui mortis causa donatio proprie vera & absoluta donatio non est *l. 1. de donat. l. 35 § 2. ff. de donat. mort. caus.* Igitur iure Saxonico quo donatio sine curatoris consensu à muliere fieri prohibetur, donatio mortis causa non comprehenditur.

7. Adhæc præcipua iuris Saxonici & constitutionum Electoralium ratio in mortis causa donatione cessat: mulierum videlicet fragilitas & infirmitas multis captionum generibus exposita, *l. 2. ad SC. velleian. de constit. Elector. 5. in verb.* Damit sie aus mangel guts Raths vnnd bedachts nicht Vbereilet vnd hindergangen werden möchte. Non enim mulier ita hic lædi potest, vt in contractibus & iudiciis, cum voluntas in mortis causa donatione vsque ad supremum vitæ spiritum ambulatoria sit, & qualicunque donatoris pœnitentia reuocari possit.

8. Adde quod constitutiones Saxonicæ pleræque de donationibus loquen-

tes non solent ad donationes mortis causa trahi & extendi: Sic enim constitutio disponens vt donatio vtensilium sine geradæ in præiudicium proximæ agnatæ fieri possit, quæ est *part.2.const.14* ad donationes mortis causa non extenditur: Sic etiam ius Saxonum constituens donationes immobilium extraiudiciales non valere, ad donationes mortis causa non protenditur: Item prohibitio donationis bonorum auitorum sine consensu agnatorum factæ ad donationem mortis causa non accommodatur. Igitur nec præsens constitutio prohibens à muliere donationem celebrari sine curatoris consensu, ad donationem mortis causa trahi potest.

9. Denique quod contractuum vel donationum appellatione in statutis non veniat donatio mortis causa, si fortassis res vendi aut donari prohibeatur, docent Bald. *in c. quia 5. in fin. extr. de iudic.* Daniel Moller. *constit. Elector. 12. num. 7. part. 2. & lib. 5. semestr. 8. in fine.* Tiraquell. *de legib. connub. gl. 5. num. 65.* Et ita quoque in terminis de hoc Saxonum iure sentiunt Schurfius *consil. 6. n. 11. cent. 1.* Thoning. *decis. 14.* Daniel Moller. *in comm. ad constit. Elect. 15. n. 69. part. 2.*

Non obstat vulgo recepta distinctio & traditio, quod scilicet mortis causa donatio, quoad effectum duntaxat vltimæ voluntati, quoad principium vero, solennitatem, ordinationem, productionem inesse aut formam contractui & donationi simplici similis sit, de qua supra nonnihil dictum fuit.

Resp. Ad hoc enim respondet Rauchbarus; hic sufficere quod mortis causa donationes in eo conueniant cum vltimis voluntatibus, quod in effectu mulieres hinc lædi & circumueniri nequeant, cum vtræque reuocabiles sint.

Deinde etsi prædicta distinctio & traditio communi Interpp. calculo approbetur: Non tamen satis congruit regulæ Iustiniani, quod donationes mortis causa per omnia sint legatis exæquatæ. *§. 1. I. de donat.* quæ certe communi Dd. opinioni merito prævalet.

Non obstat præterea, quod, etsi filiusf. non possit, ne quidem consensu patris testari, mortis tamen causa, patre consentiente donare queat, *l. tam is 25. ff. de mort. caus. donat.* nõ alia de causa, quam quia mortis causa donatio maiorẽ cum contractu, quam cum vltimis voluntatibus conuenientiam habet: vltimæ autem voluntates ex libero, non ex alieno arbitrio proficisci debeant, *l. 32. l. 70. ff. de hæred. instit. l. 64. ff. de legat. 1.* contractus vero ex alieno arbitrio pendere queunt. *§. pretium. I. de empt. vendit.*

Sed nec hoc argumentum multum ad rem facit: committi siquidem fallaciam causæ; cum filiusf. idcirco voluntate patris testari nequeat, mortis autem causa donare possit, quia mortis causa donatio non ita est publici iuris, sicut testamenti factio, *l. 3. ff qui testam. fac. poss.* Ius autem publicum priuatorum pactis mutari non potest, *l. 38 ff. de pact.* sicut ius priuatum mutari valet priuatorum pactis & renunciationibus *l. pen. Cod. de pact.*

Quæst. 63. *An interdictum quod legatorum locum habeat in donatione mortis causa?*

De interdicto *quod legatorum* vtrum in donatione mortis causa locum habeat? quæri solet: Et prima fronte hoc affirmandum videbatur, eo quod in legatis hoc interdictum sibi locum vindicet, vnde etiam quod legatorum dicitur, & datur heredibus de rebus legatis ab ipsis legatariis occupatis, restituendis, propterea quia deductionem quartæ de legatis habet heres ex lege Falcidia. Iam vero mortis causa donatio exæquata est legatis per omnia *§. 1. I. de donat.* Quocirca sicut in legatis, ita quoque in donationibus mortis causa locus est huic interdicto.

Sed pro contraria opinione est textus *in l. 1. §. 5. ff. quod legator.* in quo Vlpianus: Si

Si quis ex mortis causa donatione possideat, vtique cessabit interdictum, quia portio legis Falcidia apud heredem ipso iure remanet, etsi corporaliter res in solidum translata sunt.

Ecce hic non solum expresse definitur, quod in donatione mortis causa esset interdictum quod legatorum, sed etiam ratio eius assignatur, hæc scilicet, quod heredis nihil plane intersit restitutionem à donatario fieri, cum falcidiam ex hisce donationibus ipso iure saluam habeat, *l. 1. de donat. mort. caus.* propterea quod possessio ex ipsius testatoris voluntate translata sit.

Nec obstat præcedens ratio: Etsi enim *in d. §. 1.* Iustinianus ait *per omnia legatis comparari* donationem mortis causa: subiicit tamen postea, *fere per omnia comparari*: quibus posterioribus verbis satis innuit, quod legata & donationes mortis causa non ita sint æquiparata, vt nullum amplius differentiam admittant: Et sane necessario concedendum est adhuc hodie inter legata & donationes mortis causa hanc esse differentiam quod legata non ab ipso testatore sed ab herede præstentur: At donationes mortis causa ab ipso præstentur donatore. Vnde hæc, quam diximus, quoad interdictum quod legatorum promanat differentia.

Insinuationem porro ad mortis causa donationem non esse necessariam sancitum ac constitutum est *in l. final. C. de donat. mort. caus.* Nam ibi Iustinianus hæc in verba scribit: Cum de mortis causa donatione dubitabatur, & alii quidam inter vltimas voluntates eam posuerunt, & legatis aggregandam esse censuerunt: Alii autem inter donationes, quæ inter viuos consistunt, posuerunt, dubietate eorum explosa, sancimus, omnes mortis causa donationes, *siue iuxta mortem facientis fuerint celebrata, siue longiore cogitatione mortis subsecuta sunt, actis minime indigere, neque expectare publicarum personarum præsentiam, & ea quæ super huiusmodi monumentis solent adhiberi; sed ita res procedat, vt si quinque testibus præsentibus vel in scriptis vel sine literarum suppositione aliquis voluerit mortis causa donationem facere, & sine monumentorum accessione res gesta maneat firmitate seu vallata, & nullam in eo calumniam accipiat, neque propter hoc, quod gesta non accesserunt, inefficax atque inutilis videatur.*

Equidem ante Iustiniani constitutionem *in d.l. fin.* insinuationem ad omnes in genere donationes, siue inter viuos, siue mortis causa fuerint, necessariam fuisse probare conantur per *l. 25. Cod. de donat.* In cuius legis principio, cum Imperator Constantinus tam de donatione mortis causa, quam inter viuos differuisset, subiicit generaliter: *In conscribendis donationibus nomen donatoris, ius ac rem notari oportere.* Quæ. 94. *An ante constitutionem l. final. Cod. de donat. mort. causa ad donationem mortis causa insinuatio necessaria fuerit?*

Verum recte noster Treutlerus opinionem istam reiicit: Si enim ante prædictam Iustiniani constitutionem *in d. l. fin. Cod. de donat. mort. caus.* iure sancitum fuisset, donationes mortis causa insinuandas esse, nulla ea de re dubitatio esse potuisset, de qua tamen Iustinianus in *d. l. fin. pr.* aperte testatur.

Nec contrarium probat *d. l. 25.* quod enim illic de insinuandis donationibus dicitur, non hunc intellectum habet, quasi necessario quæuis donationes insinuandæ, sed hoc saltem illic ostenditur, quotiens conscribendæ sunt donationes, quomodo id fieri debeat?

Requiritur autem ad donationes mortis causa quinq; testium adhibitio. Et hoc quidem indistincte siue 500. solidos excedat donatio, siue non excedat. Tum quia *in d. l. fin.* quinque testes adhiberi donationi mortis causa indistincte iubentur. *Lit. E.*

Tum

Quæ. 65. *An si donatio mortis causa insinuata fuerit, nihilominus quinque testes sint adhibendi?*

Tum quia in quauis vltima voluntate, vt subsistat, adhibendi hodie sunt quinque testes, *l. fin. C. de codicill.* Sed hic quæritur si donatio mortis causa insinuata fuerit, vtrum nihilominus quinque desideret testes, an vero horum defectum suppleat insinuatio? Noster Treutlerus in negatiuam sententiam inclinare videtur; sed pro contraria opinione, quod scilicet insinuatio suppleat testium defectum, stat veritas ipsa.

1. Etenim *in d. l. fin. C. de donat. mort. caus.* expresse sancitur, si quinque testibus præsentibus donatio facta sit, valere eam etiam sine insinuatione. Vnde per argumentum à contrario sensu recte colligitur, si quinque testes adhibiti non fuerint, valere eam insinuatione legitime facta.

2. Præterea testamentum actis insinuatum etiam sine aliis testibus valet, *l. omnium 19. C. de testam.* Multo igitur magis valebit donatio, in qua non requiritur tanta solennitas, quanta in testamento Giphanius *ad d. l. fin. n. 5.*

Nec in contrarium me quicquam mouet, quod in quauis vltima voluntate ad minimum quinque testes adhiberi debeant. *l. fin. C. de codicill.* Item quod donatio mortis causa absque testium quinque adhibitione non valeat, *d. l. fin.* Nam hæc quidem regula est, sed in præsenti casu exceptionem habet; Ita vt quidem quinque testes necessarii sint ad vltimam voluntatem donationemque mortis causa; Nisi publicis monumentis insinuata donatio fuerit; per textus supra adductos.

Et hactenus quomodo donatio mortis causa celebretur & fiat, ostensum fuit: Resoluitur autem hæc donatio sola & nuda pœnitentia donantis: textus apertus est *in §. 1. I. de donat.* vbi Iustinianus ait, ita donationem mortis causa sic contrahi, vt si superuixisset is, qui donauit, reciperet: Vel si eum donationis pœnituisset, &c. idem apertius adhuc *in l. 30. & l. 35. ff. de donat. mort. caus. Nouell. 87. pr.* Et ratio huius est ista, quod donatio mortis causa sit vltima quædam voluntas, quæ ambulatoria est vsque ad extremum vitæ Spiritum *l. 4. ff. de adim. legat.* Et hoc non modo in expressa, sed in tacita etiam pœnitentia procedit, veluti, cum donator rem mortis causa donatam voluntarie alienat; hac enim ipsa alienatione pœnitere dicitur, *l. vxori & l. cum hic status. §. si maritus. ff. de donat. int. vir. & vxor.* Et cum donatio mortis causa similis sit legatis; igitur sicut in legatis tacita ista pœnitentia sufficit ad reuocandum legatum *l. si mihi & tibi. §. in legato ff. de legat. 2. l. fideicommissa. §. si rem. ff. de legat. 3.* Ita quoque in donatione mortis causa Daniel Moller. *d. c. 39 sem lib. 2.* Gomez. *Tom. 2. c. 4. n. 18.* Sneidewin. *ad §. 1. n. 22. I. de donat.*

Quæ. 66. *An ex sola reconualescentia donatio mortis causa reuocetur; an vero declaratio voluntatis donantis sit necessaria?*

Quinetiam reconualescentia sola reuocari donationem mortis causa patet ex *d. §. 1.* vbi dicitur sic fieri donationem mortis causa, vt si reconualesceret donator, rem reciperet. Et sane donationem hanc mortis causa non esse puram sed conditionalem supra thesi 8. dictum est. Habet quippe in se istam conditionem, si mors fuerit donantis secuta: Deficiente igitur hac conditione, etiam donatio extinguetur.

Et quanquam Treutlerus noster secutus Wesenb. *in not. ad Sneidevvin.* statuunt solam reconualescentiam non extinguere donationem, sed insuper desiderari vt ea de re mentem suam declaret donator, quod nempe propterea quod reconualuerit, donationem reuocatam velit. Mihi tamen sententia ista nequaquam probatur, & refellitur etiam apertissime per fundamenta modo adducta. Nec sane vllus textus est, qui probet quod donatio mortis causa sola reconualescentia donantis non rescindatur, sed præter reconualescentiam adhuc voluntatis declaratio requiratur: Quin

potius

potius omnes textus de reconualeſcentia loquentes, eam ad reuocandam donationem abſolute requirunt.

Nec mouet me, quod mutatio voluntatis non præſumatur *l. 22. ff. de prob. l. 22. C. de teſtam.* Ex quo inferunt quod reconualeſcente quantumuis donatore, præſumi non debeat, quod voluntate & ſententia mutata, reuocatam velit donationem; ac proinde vt de eo conſtare poſſit, voluntatis eius declaratione ſit opus.

Etenim cum mortis cauſa donatio hac conditione fieri intelligatur, vt ſi deceſſiſſet donator, haberet donatarius, ſin reconualuiſſet, rem donatam donator reciperet; ſatis ſuperque ex eo conſtat, quod ſi reconualuiſſet donator rem ad ſe reuerti velit, vt alia proinde declaratione opus non ſit. Adeoque mutata voluntas ex natura donationis conditione, ſub qua facta eſt, ſufficienter colligitur.

Denique reuocatur mortis cauſa donatio morte donatarii ante donatorem decedentis *l. 23. ff. de mort. cauſ. donat. l. 12. de condict. cauſ. dat.*

Datur autem ad reuocandam hanc donationem condictio cauſa dati, cauſa non ſecuta: Eſt enim donatio mortis cauſa, non pura, nec mera donatio, ſed ſit ob cauſam, *l. 1. ff. de donat.* ſi nempe mors donantis ſecuta fuerit: Hac proinde cauſa deficiente, condictione ob cauſam datorum ſit repetitio rei donatæ.

Quia etiam rei vindicatio ſine in rem actio datur donatori ad rem donatam, reuocandam; & non ſolum vtilis, ſed etiam directa: Reconualeſcente enim donatore, ſtatim ipſo iure dominium rei donatæ reuertitur ad donatorem, ei autem penes quem dominium rei eſt, datur rei vindicatio, *l. 23. pr. ff. de Rei vindicat.*

Quin nec ſemper dominium rei donatæ ad donatarium ante mortem donantis tranſit, ſed eo duntaxat caſu, quod ita expreſſe donatur, vt res ſtatim fiat accipientis: idque exemplo legati, cui donatio mortis cauſa, quoad effectum comparatur, ex quo dominium rei legatæ ante legantis mortem legatario non acquiritur, *l. 64. ff. de furt.* Cum igitur præfato caſu excepto dominus rei donatæ maneat donator, ſequitur quod rem donatam, donatione per pœnitentiam, reconualeſcentiam vel alium aliquem modum reſoluta, vindicare queat.

Finis Disputationis Vigeſima.

ZZ VOLV-



VOLVMINIS POSTERIORIS DISPVTATIONIS VIGESIMÆ PRIMÆ,

De Acquiren. vel Amittend. possess.

QVAESTIO I.

XXXIII An



VOLVMINIS POSTERIORIS DISPVTATIONIS VIGESIMÆ PRIMÆ,

De Acquiren. vel Amittend. possess.

THESIS I.

Resolutio.

Lit. A. Quæst. 1. *Possessio vnde deriuetur?*



Ossessio, inquit cum Labeone Paulus, appellata est à sedibus, quasi sepium positio. De qua deriuatione siue notatione non vnum est Interpp. nostrorum iudicium. Sunt enim qui à pedibus possessionem dictam contendunt. Æmyl. Ferret. ad *d.l.1.n.3.* Vdalric. Zasius *ib d.in pr.* & Hubert. Giphan. *num.1.* ait hanc deriuationem à pedibus, quasi pedum positio non esse plane absurdam. Idem sentit ad *d.l.1.* Iacobus Cuiacius.

1. Quia veteres, in primis vero Cicero in Philippica *1.2.& 3.* & alibi pedem ponere pro possidere vsurpat. Et *in l.3.§. contrario. ff. de acquir. poss.* coniunguntur stare & sedere.

2. Quia hanc verbi notationem confirmat hæc ratio, quod possessionis initium & quasi fundamentum sit naturalis, siue corporalis apprehensio ac detentio rei *d.l.1.§.1.*

Nec obstat primo, quod notatio hæc non omnibus possessionibus conueniat, adeoque non sit cum notato suo conuertibilis, neque possit exinde argumentum firmum ac validum deduci.

Resp. Nam notationis bonæ non est necessarium requisitum, quod sit cum suo notato conuertibilis, prout arguunt mutui *in pr.I.quib.mod.re contrah. oblig.* & testamenti *pr.I. de test. ordinand.* proinde nec necessarium est, vt à notatione ad notatum ac vice versa procedat argumentatio affirmatiue ac negatiue: prout eleganter docet Keckermann. *in system. Logic.*

Non etiam resistit *d.l.1.pr.ff.de acquir. poss.* vbi possessio dicitur appellata à sedibus, quasi sedium positio: Nam in vulgaribus exemplaribus ita legitur: *possessio appellata est à pedibus, quasi pedum positio*: Vt proinde ex textu cuius incerta & ambigua est lectio, nihil certi inferri & concludi possit.

Interim tamen nec alteram notationem, quà à sedum positione deducitur, falsam aut improbabilem esse arbitror, cum eius quoque Paulus meminisse videatur *in l.3.§. Et ex contrario. 4.ff. de acq. possess.* in verbis: *Vel in quo ego sedeo tu sedere videaris.*

Et hæc de Notatione siue definitione nominis. Super definitione possessionis reali magna est Dd. concertatio: Non enim desunt, qui simpliciter negent possessionē definiri posse: vel quia omnino destituatur genere, vel quia commodū genus possessionis haberi difficulter possit: Ita Hotomannus & Ferret. in locis à Treutlero allegatis. Verum sententia horum ne probabilis quidē est, cum vix quicquam in rerum natura occurrat, quod definiri non potest, cuiusq; genus idoneū haberi non possit. Et quod possessio genus habeat, per quod definiri queat, ex iis, quæ mox dicentur, patebit manifestissime. Cæterum illi qui definitionem possessionis dari statuunt rursus summa est dissensio: Nam aliter hi, aliter alii possessionem definiunt, ita vt operæ precium esset, facili negotio vltra centū definitiones adferri & colligi possent: Sed ne inutili hoc labore tēpus inutiliter teratur, definitionē Treutleri nostri consideràbimus, & quam bene possessionis naturam declaret, perpendemus.

Definit autem possessionem, quod sit *detentio rei corporalis animo affectioneue dominii.* Dicitur detentio quia hinc inde in legibus nostris possessio detentio appellatur, vt *in l. 15. §. 3. ff. ex quib. caus. maior. l. 5. ff. de impens. in rem dot. l. 1. §. 3. ff. de acq. poss.* Et sane detentionis nomē longe latius patet quam nomen possessionis: quandoquidē & ii, qui non possident, tenere siue detinere dicuntur, veluti creditor pignus, colonus, depositarius, commodatarius, *l. 9. ff. de Rei vidicat.* Cæterum quod possessio non rectè definiatur detentio, pleriq; opinantur propterea quod detētio sit facti, & merito nudoq; facto consistat; possessio autem non sit factum sed ius, quod rursus sequentibus fundamētis confirmat. 1. Expeditum & certum est, q; possessio ab eo, qui corpore exiit è fundo, etiam nullo penitus in eo relicto, qui in possessione esset, possessionē fun-

Quæst. 2. *An possessio sit facti, an iuris?*

di animo retinere *l. Licet. C. de acq. poss. §. possidere l. de interdict.* Quod si igitur hæc possessio est, quæ retinetur animo solo, tunc aut detentio erit, aut ius tenendi. Non detentio rei, cum res corpore non teneatur. Igitur est ius tenendi. 2. Quin etiam in quibusdā legib⁹ possessio aperte ius dicitur, vt *in l. peregre pr. de acq. poss. l. Non ideo. C. de liberali caus. l. Nemo. C. de acq. poss.* 3. In *l. 49. ff. de acq poss.* dicitur possessio plurimū ex iure mutuari, non igitur erit facti, multo minus detentio definiri poterit; cum detentio in mero facto consistat. 4. Accedit his, quod verbum possidere compositū est à pos & sedere, vt possidere sit posse sedere in re aliqua: Iam vero hoc posse sedere nihil aliud esse videtur, quā ius insistendi rei habere, ex quo sequitur possessionē tenendi insistendiue rei ius esse. 5. In *l. stipulatio ista. §. Si quis forte. de verbor. obligat.* disputat ICtus de stipulatione habere licere, & si quis stipulatus sit habere licere rem vēditam. Quæritur quando committatur hæc stipulatio? & ait ICtus eā stipulationem committi, si forte mota fuerit controuersia, non tantū de re ipsa, sed etiam *de possessione & alio iure.* subiicit deinceps: *habere enim non licet, cui aliquid de iure deminuitur.* possessio igitur ius est. 6. Corroborat eandem sententiā etiam hoc argumentum, quod seruus non possidet *l. possessio. §. 1. ff. de acq. poss. l. Nunquam. §. seruus. ff. de vsucap. l. stipulatio ista. §. hac quoq; de verbor. obligat.* Iam vero, quæ facti sunt, cadunt in personam serui, sicut in personam liberi hominis. *§. sed cum factum. l. de stipulat. seruor.* Cum igitur, ex sententia ICti, seruus non possideat, sequitur possessionem iuris esse & non facti. 7. Possessio diuiditur in partes pro indiuiso, quæ intellectu magis habentur, quam corpore: Sequitur itaq; possessionē magis quippiam corporeum esse, quam in iure consistens. 8. Qualis effectus, talis etiam est causa. Iam vero effectus pos-

 sessio-

cessionis, qui est dominium, *tot. tit. l. & Dig. de vsucap.* ius est. Ergo etiam ipsa possessio ius erit.

Et pro hac sententia militant Bartolus *ad d.l.1.ff. de acquir. poss.* Borcholt. *de acq. vel amitt. possess. c.1.n.19.* Giphan. *ad d.l.1.n.12.*

Cæterum pro contraria sententia, quod possessio non sit ius, sed factum fortiora adducuntur argumenta.

1. Primo enim reuersi ab hoste iure postliminii omnia iura recipiunt, quæ per captiuitatem amiserant *§. si ab hostibus I. quib. mod. ius patr. pot.* Si igitur possessio ius est, tum etiam captiui reuersi recipiũt beneficio legis postliminii possessionem rerum, quas ante captiuitatem possederant. Iam vero reuersi ab hostibus iure postliminii non recipiunt possessionem neque vsucapionem cœptam, sed coguntur ex integro adipisci possessionem, indeq; primum incipit his cedere vsucapio, nec vetus interrupta restituitur *l. deniq. ff. ex quib. caus. maior.*

2. Insuper heres, quam primum hereditatem adiit, succedit in omne ius defuncti, *l. heres in omne. ff. de acquir. heredit.* At heres non succedit in possessionem defuncti *l. cum heres. pr. ff. de acquir. poss.* possessio igitur ius non est.

3. Præterea nemo facto suo ius nostrum nobis auferre aut minuere potest, puta rem nostram surripiendo, contrahendo, vendendo, tradendoue manet integrum nihilominus & dominium & pignus, & si quid præterea iuris habuimus in re ista. *l. debitorem. Cod. de pignorib. l. Nec filius. Cod. de reb. credit. l. soluendo. ff. de Negot. gest.* Atqui vnusquisque re eius surrepta aut erepta eo facto statim possidere desinit. *l.5.§. si rem. l. rem qua. Digest. de acquir. vel amitt. possess.* Possessio igitur non est ius, sed res consistens in ea detentione naturali, cuius facultas adempta possessionis damnum adfert.

4. Ad hæc si possessio recte definitur ius tenendi & insistendi rei, dicendum erit, omnem qui possidet, ius tenendi & possidendi habere; Et contra, omnem qui non possidet, ius insistendi rei non habere: Atqui vtrumque est falsum: Igitur possessio non est ius tenendi aut possidendi rem. Etenim qui ex iniusta causa possidet, vt mulier rem à marito donatam vere possidet *l.1.§. si vir, Digest. de acquir. possess.* Et tamen mulier ius tenendi & possidendi non habet, vt cui maxime ius aduersetur: Vnde dicitur mulier rem hanc iure ciuili non possidere *l. si eum qui. ff. de donat. int. vir. & vxor.* Ex contrario dominus aut iustus possessor, vi de possessione deiectus, amplius nõ possidet *l. Naturaliter ff. de vsurpat. & vsucap.* Et tamen is ius tenendi & possidendi maxime retinet qua etiam de causa ipsi actio prodita est ad possessionem statim recuperandam interdictum vnde vi. *l. si quis vi. in pr. ff. de acquir. poss. l.1. ff. vnde vi.* Quocirca si is, qui possidet, interdum ius tenendi non habet; Et qui tenendi possidendiue ius habet, interdum non possidet; apparet possessionem ius tenendi aut insistendi rei non esse.

5. Adde quod ICti possessionem vocant vsum. *l. quæstio. ff. de verbor. signific.* vsus autem rei est factum, Nam vti re aliqua est aliquid facere. *l. via. ff. de seruitut.* cum quis it per fundum, dicitur vti fundo.

6. In *l. bonæ fidei 44. 48. ff. de acquir. domin.* dicitur dominium ad ius: possessionem ad factum pertinere.

7. In *l.1.§. sed pupillus. ff. de acquir. possess.* quæstio proponitur à veteribus agitata, an pupillus possit possidere sine tutore. Et respondetur, posse: Eam enim rem facti esse non iuris: Quibus verbis videtur omnino dirimi controuersia, hac quæstione proposita, an possessio sit iuris, an facti.

8. Huc etiam facit, quod eum in *l. possessionem 29. ff. de acquir. poss.* ab initio dictum

dictum fuisset, possessionem pupillum sine tutoris authoritate amittere posse, subiicitur ratio hæc: *quod facti est, potest amitti*: vnde perspicue colligitur, quod possessio non sit ius vel iuris, sed facti.

9. In *l.1.§.si vir.ff. de acquir. poss* Maritus vxori suæ aliquid donat: quæritur an acquirat possessionem: Et ait ICtus, non impediri possessionem, quia quod factum est, infectum fieri non potest. Concludendum proinde ex hac & præcedentibus rationibus videtur, quod possessio non sit ius, sed sit factum.

Pro conciliatione vtriusque opinionis variæ ab Interpp. adferri solent distinctiones. Nam Bartol. *in l.1.n.6.ff.de acquir.poss.* Didac. Gouarruu. *in cap. possessor. mal.fid.de R in sext, part.2.n.3.* Zasius *in l. 1. pr.ff.de acquir.possess.* Sneidewin. *in §. possidere 5.n.9. I.de interdict.* aiunt possessionem, dum acquiritur & est in fieri esse facti, dum producta est & acquisita esse iuris; vel quod idem est, possessionem esse facti, quoad initia productiua, iuris vero, quoad effectus, quos operatur.

Verum hanc distinctionem refellit Vaconius à vacuna 2. *declarat. 32.* vbi, perinde est, ait, ac si dicas, statua dum fit, ænea est, facta autem, est aurea; Ita enim diuersæ species sunt ius & factum, sicut æs & aurum: vel, si dicas: Hereditas, dum acquiritur, est facti, quæsita iuris. Accedit quod leges quæ possessionem facti vocant, non considerant modum acquirendi, sed essentiam iam quæsitæ; vnde ista hæc distinctio ipsis applicari non potest: Deniq; *in l.29. ff. de acq.poss.* possessio quæ mittitur, adeoq; in esse iam producta erat, dicitur facti esse. Hinc Andreas Alciatus *in lib.de quinq. pedum præscript.n.96 & seqq.* possessio, inquit, acquisita substantiam suam non amittit. Postremo obseruandum est, leges supra adductas simpliciter dicere, possessionē esse facti, nō vero possessionis acquisitionem: male igitur præfata distinctio confundit possessionem cum possessionis acquisitione. Et hanc distinctionem etiam Corasius reiicit ad *rubric. tit. de acquir. possess. n.3.*

Alii igitur distinguunt aliter, nempe vt possessio naturalis sit facti, ciuilis vero sit iuris & facti: Facti quidem, propter corporalem occupationem; iuris vero propter dominium, quod est iuris, & alios effectus, vt est vsucapio, perceptio, &c. Vnde textus illos qui possessionem absolute dicunt facti esse de naturali; cæteros vero, possessionem iuris esse asserentes, de ciuili possessione interpretandos volunt.

Sed Iacob. Cuiacius *lib.18.obseruat.c.24.* Fr. Connanus *lib. 3. comm. c. 10.* Hubert. Giphan. ad *L.1.n.12.ff.de acq.poss.* hanc distinctionem improbant, nec sane immerito: Primo enim textus vltro citroq; supra adducti indistincte ac generaliter loquuntur, nec huiusmodi sapiunt distinctionem, Verisimile autem nō est, quod, si alicuius fuisset momenti, ICtos tot in legibus, vel vnico saltem verbulo mentionem eius facturos fuisse. Deinde quod etiam naturalis possessio iuris sit, hac defenditur ratione, quod & ei, qui naturali possessione deiectus est, competit interdictum vnde vi, *l.3. §. vltim. ff. de vi & vi armata.*

Iohannes Corasius *in rubric. tit. Dig. de acquir. possess.* mediam amplectitur sententiam statuens possessionem mixtam obtinere naturam ita vt plurimum habeat facti, ex iure etiam plurimum mutuetur: Si enim, inquit, possessionem in sua naturali qualitate consideremus, nimirum pro rerum vsu, & corporali earundem insistentia, facti dubio procul est, *§.si vir. d. l. 1. de acquir. possess. l. possessionem eod.* cum hic vsus à iuris ciuilis ministerio & proprietate rei sit omnino seiunctus, solique naturæ innitatur *l.quæstio.ff.de verbor. significat.* vnde & natura-

naturalis possessio nomen accepit *l.1. §. dei titur. ff. de acquir. possess.* quæ autem à mero iure naturæ procedunt, in facto consistunt, *l.27. §. pactum Digest. de pact.* Si vero possessionem referimus ad merum ius ciuile, hoc est, ad virtutē à lege ciuili rerum apprehensioni & vsui tributam; vi cuius is quoq; tenere intelligitur qui rei corporaliter non insistit, dum animū habeat possidēdi *l.3. §. saltus. l. clam. § fin. ff. de acquir. possess.* facti sane dici non potest, cum nullū naturæ corporisue factum in ea versetur, sed iuris potestas ac ministerium *l. Nemo. C. de acquir. possess.* ac proinde ciuilis dicitur, *l.2. §. fin. ff. pro hered.* iurisq; censeri debet *l. peregre. ff. de acquir. possess.* Cæterum quia in tractatu possessionum solemus possessionis verbo qualitatem ciuilis cum naturali coniunctam demonstrare *d. l.2. §. infra*, mixtæ essentiæ recte dicitur. Quod & Paulus *in l. denique. ff. ex quib. caus. maior. l. possessio. ff. de acquir. possess.* expresse testatur. Et ita Corasius *d. loco*. In eandem sententiam inclinat quoq; Fr. Duarenus ad *l.1. ff. de acquir. possess.* statuens possessionē nec solū facti, nec solum iuris, sed facti simul & iuris esse: Facti quatenus in corporis apprehensione ac detentione consistit: Iuris vero, quatenus ius ciuile ei accedit, detētionemq; approbat legitimamq; efficit. Hugo Donellus *lib. 5. com. c.6.* rem hanc paulo aliter explicat: Ait enim possessionem quidē non esse ius, quanquā sit partim iuris, partim facti: Neque exinde quod alicubi iuris esse dicitur, recte colligi, eam ius esse, sicut ex eo q alibi dicitur corporis esse nō recte inferri potest, quod corpus sit: Proinde cum iuris esse dicitur hoc significari ait, possessionem, etsi ius non sit, plurimū tamen ex iure mutuari, *l. possessio. pr. ff. de acquir. possess.* hoc videlicet, vt cum de ea acquirenda, retinenda aut transferēda agitur, in his causis propter vtilitatē existimetur res esse, quæ hic eodem iure, quo res cæteræ habeatur. Et hæc opinio mihi quoque ad veritatē propius accedere videtur: Nec multū illi refragantur, quæ supra in contrarium adducta fuerunt. Nam ad primū respondetur, possessionem illam, quam quis, postquā è re sua excessit, retinet, animo, esse detentionē & quidē corporalem illam, quæ prius habebatur, cū primum possessor fundum ingressus est, & cū esset in fundo: Hoc quippe est quod possessio dicitur animo retineri: Non enim retinetur nisi ea, quæ prius fuit: At illa erat corporalis, in facto & detentione posita. Quare & hanc, quæ animo retinetur, talem esse oportet. Et quanquā is, qui corpore exiit è fundo, reuera & natura non teneat corpore; iuris tamen interpretatione corpore tenet. Vnde etiam hæc tenendi & retinendi ratio dicitur iure consistere *l. Nemo. C. de acquir. possess.* iure consistit, quia ius eum, qui animo velit retinere possessionem perinde habet, atq; si vere possideret, id est teneret corpore, & rei insisteret. Ita Donellus respondet. Ad secundum respondeo distinguendo inter possessionē & ius possessionis: Quanquā enim in eo, qui iuste possidet, duo insint possessio & ius possessionis, i. e. ius & potestas retinendæ possessionis. ius ideo, quia hanc potestatem iure constitutā habet; Licet etiam hoc ius cū possessione ita sit coniunctū, vt ex possessione intelligatur ius possessionis in iusto possessore, & contra ex iure possessionis intelligatur possessio, diuersissima tamen hæc sunt *possessio & ius possessionis*, vt supra ostensum est exemplo mulieris rem à marito donatā possidentis: Hæc enim vere possidet, *l.1. §. Si vir. ff. de acquir. possess. l.1. §. deiicitur. ff. vnde vi.* interim tamē iniuste possidet, nec ius possidendi habet. Quocirca adductæ leges, quæ de iure possessionis cōceptæ sunt, ad ipsam possessionē accommodari nequeunt. Ad Tertium ex *l.49.* peritū responsio ex prædictis patet: conceditur enim

enim quod possessio plurimum ex iure mutuetur, vnde & iuris esse hinc inde dicitur: Verum ex eo nemo inferet, quod ius sit possessio: Quin potius ex eo quod dicitur plurimum ex iure mutuari recte contrarium concluditur, quod nempe possessio per se non sit ius, sed in facto potius consistat. Hinc etiam in ead. *l. 46. §. 1.* dicitur corporis & iuris esse. Donell. *d. loco.*

Ad quartum respondetur 1. falsam esse istam deriuationem possessionis, quæ illic adducitur; Aliam quippe supra adduximus.

Deinde respondet Donellus, aliud esse posse sedere in re aliqua, aliud ius sedendi in re aliqua habere. Nam istud posse sedere ad naturalem potestatem referendum esse, qua possit aliquis natura & facto ipso, cum velit rei insistere, non vero ad ius. Cum is intelligitur possidere, qui ita rem tenere cœpit, vt possit, quoties velit, naturalem, id est, corporalem possessionem eius rei repetere. *L. 3. §. Nerua. ff. de acquir. possess.* Non vero is, qui ius insistendi habebat.

Ad quintum argumentum ex *d. l. stipulatio. §. Si quis forte.* depromptum, respondeo verba ista, *Et alio iure.* non referri debere ad remotius nomen possessionis, sed ad proxime præcedentia, ad vsum nempe & vsumfructum: Ita quippe habent verba illius textus: *Si quis forte non de proprietate, sed de possessione nuda controuersiam fecerit, vel de vsufructu vel de vsu, vel de quo alio iure eius, quod distractum est.*

Ad sextum ex hactenus dictis responsio perfacilis est: In seruum quippe ea cadunt, quæ mere sunt facti, sed etiam iuris *L. 49. §. 1. ff. de acquir. possess.* Deinde non ideirco seruus non possidet, quia possessio ius est, sed quia iuris est, siue quia ex iure plurimum mutuatur *dict. l. 49.*

Ad septimum respondetur possessionem per se non diuidi, nec enim possessionis vllæ sunt partes, sed vbi possessio est, ibi tota est. Equidem partis quidem potest esse possessio, partis, inquam pro indiuiso: sed diuersa hæc sunt partes esse possessionis, & possessionem esse partis, quemadmodum pulchre, subtiliter & accurate hoc notat Fr. Hotomannus *Illustr. q. 20.* & nos ea de re alibi prolixe disseruimus.

Octauum argumentum valde est lubricum: Argumentum enim ab effectu ad causam & vice versa non procedit, quando causa æquiuoca est, hoc est, effectum sibi nomine ac specie dissimilem producit. Sic, Verbi causa, contractus est facti & magis facti, quam iuris: Et tamen effectus eius, qui est obligatio, merum ius est, nec facti quicquam habet *pr. I. de obligat.* Insuper solius possessionis effectus non est dominium: plura siquidem ad dominium acquirendum desiderantur quam possessio *pr. & tot. tit. I. de vsucap.*

Quocirca (vt tandem hanc quæstionem concludamus) rectissime à Treutlero nostro possessionem per detentionem definitam esse arbitror.

Additur in definitione *Rei corporalis,* Quia corporales saltem res proprie ac vere possidentur; Incorporalium vero non est propria possessio.

Quæst. 3. *An res saltem corporales possideantur?*

Verum huic refragari videtur, quod in *l. 1. §. quod ait prætor. ff. quod legator.* Vlpianus ait vsumfructum & vsum ab vsufructuario & vsuario non possideri, sed teneri, hoc est naturaliter possideri *L. 12. pr. Digest. de acquir. poss.* Et sane hic textus ICtos nostros non parum torsit: Quod enim corporalia solum vere possiderantur; Incorporalia vero improprie & quasi possideantur haut obscure probat *l. 3 pr. Digest. de acquir. poss.* vbi Paulus ICtus breuiter definiuitus quænam

 posside-

vitium aliquod ipsi personæ inhærens, quale est animi & iudicii defectus, in pupillo, furioso & mente capto testari prohibeantur: Non vero propter defectum ipsarum rerum, de quibus dispositio fieri debeat: Iam vero filiusfam. testari non prohibebatur propter vitium & quantitatem suæ personæ, sed propter defectum bonorum, quæ aut non habebat, aut habebat quidem, sed non pleno iure: Quapropter cum bona ista aduentitia, de quibus inpræsentiarum agitur, huiusmodi vitio non laborent dicendum est, filiumf. de illis, quo velit modo disponere, & consequenter eadem mortis causa donare posse. Deinde assumptio quoque falsa est: quod enim filiusf. de his aduentitiis bonis testari possit, verius est & mox in sequentibus demonstrabitur.

Similiter non refragatur, quod filiusf. nulla alia de causa bona castrensis peculii mortis causa donare possit, quam quia de iisdem testari queat, quia id Vlpianus clare exprimit *in l. 7. §. fin. ff. de donat.* vbi ait, *Ceterum qui habent castrense peculium vel quasi castrense in ea sunt conditione, vt donare & mortis causa & non mortis causa possint, cum testamenti factionem habent*: Filiusfam. autem non habeat licentiam de bonis aduentitiis testandi. Ergo, &c.

Resp. Iam enim responsum fuit, filiumf. hodie testari posse de illis aduentitiis bonis, quæ proprietate plena ipsius sunt, & id infra pluribus confirmabimus. Præterea obseruandum est ICtum *in d l. 7. §. fin.* non velle, quod ex potestate testandi dependeat facultas mortis causa donandi; sed potius ipsum argumentari à maiori ad minus hoc modo: si filiusfam. de bonis castrensibus testari potest, multo magis poterit ea donare mortis causa: Nam probaturus ICtus filiumf. bona aduentitia posse donare, rationem hanc adducit, quia testari possit.

Insuper nihil decerpit sententiæ nostræ, quod filiusfam. nihil possit relinquere per vltimam voluntatem, *l. qui in potestate. ff. qui testam. fac. poss.* Atqui donatio mortis causa sit quædam vltima voluntas. *l. 15. ff. de mort. caus. donat. l. fin. C. eod. tit.*

Resp. Etenim *d. l. qui in potestate* expresse de testamenti factione loquitur eamque filiofam. denegat; non vero de quauis in genere vltima voluntate loquitur: Adhæc regulariter etiam verum est filiumf. non posse donare mortis causa: Verum fallit in iis bonis aduentitiis, quæ plena proprietate filii sunt. Addit denique Gilkenius; mortis causa donationem in multis quidem habere naturam vltimarum voluntatum; sed in pluribus tamen participare de natura contractuum. *l. 3. C. de don l. 22. ff. de mort. caus. donat.* contractus vero celebrare posse filiumf. etiam sine patris consensu *l. tam ex contractibus. Digest. de iudic. Nou. 117. c. 1.*

Denique non euertit nostram opinionem, quod aiunt, consensum requiri ad solennitatem donationis, cum filius non habeat integram personam ad donandum absque patris consensu.

Resp. committitur enim petitio principii, quandoquidem hoc ipsum nunc in quæstione est, vtrum filius hæcce bona absque consensu patris donare possit. Et licet in donatione illorum bonorum, quorum vsumfructum pater habet, requiratur fortassis consensus patris, id tamen propterea fit, quia agitur ibi de præiudicio patris, secus atq; tum quando bona illa, quæ integra & plena proprietate sunt filii, mortis causa donantur.

Iure Saxonico mulierem absque consensu curatoris non posse aliquid immobilium alienare certum est, & antehac sæpius id demonstratum fuit. Hinc scilicet quæstio exurgit admodum controuersa, Quæ. 62. *An iure Saxonico mulier absque consen-*

Si curatoris rem immobilem possit mortis causa donare?

uersa, vtrumne sine consensu curatoris mulier rem aliquam immobilem mortis causa alteri donare queat?

Pro negatiua opinione sequentia nouem argumenta producit Andreas Rauchbarus *part. 1. q. iuris ciuil. & Saxon. quæst. 32.*

1. Primo iura Saxonica, ait, quæ de donationibus, venditionibus & dotalitii renunciationibus solummodò loquuntur, partim consuetudine earũ, in quibus ius Saxonicum viget, regione, partim Nouella Electoris Saxoniæ constitutione, iam ante ad quoscunque contractus vel negotia, quæ vel in iudicio, vel extra iudicium geruntur, extensa sunt. Toming. *in decis. quæst. illustr. q. 14. n. 9. constit. Elector. 15. part. 2. in verb.* Wenn wir denn solches aus Christlichem bedencken vnd Vrsachen noch weiter Zuerstrecken nothwendig Achten/&c. Vlterius igitur ad mortis causa donationes produci non debent: cum statuta & consuetudines strictè accipiendæ sint, ne nimium iuri communi derogent, *l. 24. ff. ad municipal. l. 21. ff. de testam. milit.*

2. Præterea in testamentis, legatis & vltimis voluntatibus iuris istaS axonici dispositio locum sibi non vindicat *d. constit. Elector. 15.* Moller. *5. sem 21.* Atqui mortis causa donationes ad exempla legatorum redactæ sunt per omnia *§ 1. I. de donat. l. vlt. C de donat. mort. caus.* Igitur prę fata Electoralis constitutio in mortis causa donationibus locum sibi plane non vindicat.

3. Omnibus licet mortis causa donare, quibus permissum est testari *l. 9. l. 35. ff. de donat. mort. causa.* Iam vero plusquam certũ est, quod mulier iure Saxonico possit sine consensu curatoris testari, Igitur & mortis causa donare poterit

4. Mortis causa donatio, si proprie & accurate loqui volumus, cum partim contractus, partim vltimæ voluntatis naturam sapiat, mixta quædam species est, prout hac de re paulo supra tractatum fuit: Iam vero in statutis odiosis & exorbitantibus mistum sub simplici non comprehenditur. Tiraquell. *de legib. connub. in verb. contractar. gloss. 5. n. 69. & 71.* Moller. *in comment. ad constit. Electoral. part. 1. c. 3. n 6.* præsertim si, vt in proposito, dispar ratio sit simplicis & mixti.

5. Insuper cum in mortis causa donationibus non contractus sed vltimæ voluntatis qualitas exuberet, magis consentaneum est, non id, quod de contractibus, sed quod de vltimis voluntatibus, in iure Saxonico, vel potius in ordinationibus electoralibus constitutum est, ad mortis causa donationes referri debere, argum. *l. quæritur. ff. de statu hom.*

6. Verba in statutis proprie accipi debent, Bartol. *in l. quod constitutum. ff. de testam. milit.* Atqui mortis causa donatio proprie vera & absoluta donatio non est *l. 1. de donat l. 35 §. 2. ff. de donat. mort. caus.* Igitur iure Saxonico quo donatio sine curatoris consensu à muliere fieri prohibetur, donatio mortis causa non comprehenditur.

7. Adhæc præcipua iuris Saxonici & constitutionum Electoralium ratio in mortis causa donatione cessat: mulierum videlicet fragilitas & infirmitas multis captionum generibus exposita, *l. 2. ad SC. velleian. de constit. Elector. 15. in verb.* Damit sie aus mangel gut. s. Raths vnnd bedachts nicht Vbereilet vnd hindergangen werden möchte. Non enim mulier ita hic lædi potest, vt in contractibus & iudiciis, cum voluntas in mortis causa donatione vsque ad supremum vitæ spiritum ambulatoria sit, & qualicunque donatoris pœnitentia reuocari possit.

8. Adde quod constitutiones Saxonicæ pleræque de donationibus loquẽtes

tes non solent ad donationes mortis causa trahi & extendi: Sic enim constitutio disponens vt donatio vtensilium siue geradæ in præiudicium proximæ agnatæ fieri possit, quæ est *part.2.const.14* ad donationes mortis causa non extenditur: Sic etiam ius Saxonum constituens donationes immobilium extraiudiciales non valere, ad donationes mortis causa non protenditur: Item prohibitio donationis bonorum auitorum sine consensu agnatorum factæ ad donationem mortis causa non accommodatur. Igitur nec præsens constitutio prohibens à muliere donationem celebrari sine curatoris consensu, ad donationem mortis causa trahi potest.

9. Denique quod contractuum vel donationum appellatione in statutis non veniat donatio mortis causa, si fortassis res vendi aut donari prohibeatur, docent Bald. *in c. qu. a 5. in fin. extr. de iudic.* Daniel Moller. *constit. Elector. 12. num. 7. part. 2. & lib. 5. semestr. 8. in fine.* Tiraquell. *de legib. connub. gl. 5. num. 65.* Et ita quoque in terminis de hoc Saxonum iure sentiunt Schurfius *consil. 6. n. 11. cent. 1.* Thoning. *decis. 14.* Daniel Moller. *in comm. ad constit. Elect. 15. n. 69. part. 2.*

Non obstat vulgo recepta distinctio & traditio, quod scilicet mortis causa donatio, quoad effectum duntaxat vltimæ voluntati, quoad principium vero, solennitatem, ordinationem, productionem inesse aut formam contractui & donationi simplici similis sit, de qua supra nonnihil dictum fuit.

Resp. Ad hoc enim respondet Rauchbarus; hic sufficere quod mortis causa donationes in eo conueniant cum vltimis voluntatibus, quod in effectu mulieres hinc lædi & circumueniri nequeant, cum vtræque reuocabiles sint.

Deinde etsi prædicta distinctio & traditio communi Interpp. calculo approbetur: Non tamen satis congruit regulæ Iustiniani, quod donationes mortis causa per omnia sint legatis exæquatæ. *§. 1. I. de donat.* quæ certe communi Dd. opinioni merito præualet.

Non obstat præterea, quod, etsi filiusf. non possit, ne quidem consensu patris testari, mortis tamen causa, patre consentiente donare queat, *l. tam is 25. ff. de mort. caus. donat.* nõ alia de causa, quam quia mortis causa donatio maiorẽ cum contractu, quam cum vltimis voluntatibus conuenientiam habet: vltimæ autem voluntates ex libero, non ex alieno arbitrio proficisci debeant, *l. 32. l. 70. ff. de hæred. instit. l. 64. ff. de legat.* 1. contractus vero ex alieno arbitrio pendere queunt, *§. pretium. I de empt. vendit.*

Sed nec hoc argumentum multum ad rem facit: committi siquidem fallaciam causæ; cum filiusf. idcirco voluntate patris testari nequeat, mortis autem causa donare possit, quia mortis causa donatio non ita est publici iuris, sicut testamenti factio, *l. 3. ff qui testam. fac. poss.* Ius autem publicum priuatorum pactis mutari non potest, *l. 38 ff. de pact.* sicut ius priuatum mutari valet priuatorum pactis & renunciationibus *l. pen. Cod. de pact.*

De interdicto *quod legatorum* vtrum in donatione mortis causa locum habeat? quæri solet: Et prima fronte hoc affirmandum videbatur, eo quod in legatis hoc interdictum sibi locum vindicet, vnde etiam quod legatorum dicitur, & datur heredibus de rebus legatis ab ipsis legatariis occupatis, restituendis, propterea quia deductionem quartæ de legatis habet heres ex lege Falcidia. Iam vero mortis causa donatio exæquata est legatis per omnia *§. 1. I. de donat.* Quocirca sicut in legatis, ita quoque in donationibus mortis causa locus est huic interdicto.

Quæst. 63. *An interdictum quod legatorum locum habeat in donatione mortis causa?*

Sed pro contraria opinione est textus *in l. 1. §. 5. ff. quod legator.* in quo Vlpianus:

Si quis ex mortis causa donatione possideat, utique cessabit interdictum, quia portio legis Falcidia apud heredem ipso iure remanet, etsi corporaliter res in solidum translata sunt.

Ecce hic non solum expresse definitur, quod in donatione mortis causa esset interdictum quod legatorum, sed etiam ratio eius assignatur, hæc scilicet, quod heredis nihil plane intersit restitutionem à donatario fieri, cum falcidiam ex hisce donationibus ipso iure saluam habeat, *l. 1. de donat. mort. caus.* propterea quod possessio ex ipsius testatoris voluntate translata sit.

Nec obstat præcedens ratio: Etsi enim *in d. §. 1.* Iustinianus ait *per omnia legatis comparari* donationem mortis causa: subiicit tamen postea, *fere per omnia comparari*: quibus posterioribus verbis satis innuit, quod legata & donationes mortis causa non ita sint æquiparata, vt nullum amplius differentiam admittant: Et sane necessario concedendum est adhuc hodie inter legata & donationes mortis causa hanc esse differentiam quod legata non ab ipso testatore sed ab herede præstentur: At donationes mortis causa ab ipso præstentur donatore. Vnde hæc, quam diximus, quoad interdictum quod legatorum promanat differentia.

Insinuationem porro ad mortis causa donationem non esse necessariam sancitum ac constitutum est *in l. final. C. de donat. mort. caus.* Nam ibi Iustinianus hæc in verba scribit: Cum de mortis causa donatione dubitabatur, & alii quidam inter vltimas voluntates eam posuerunt, & legatis aggregandam esse censuerunt: Alii autem inter donationes, quæ inter viuos consistunt, posuerunt, dubietate eorum explosa, sancimus, omnes mortis causa donationes, *siue iuxta mortem facientis fuerint celebrata, siue longiore cogitatione mortis subsecuta sint, actis minime indigere, neque expectare publicarum personarum præsentiam, & ea quæ super huiusmodi monumentis solent adhiberi; sed ita res procedat, vt si quinque testibus præsentibus vel in scriptis vel sine literarum suppositione aliquis voluerit mortis causa donationem facere, & sine monumentorum accessione res gesta maneat firmitate seu vallata, & nullam in eo calumniam accipiat, neque propter hoc, quod gesta non accesserunt, inefficax atque inutilis videatur.*

Equidem ante Iustiniani constitutionem *in d. l. fin.* insinuationem ad omnes in genere donationes, siue inter viuos, siue mortis causa fuerint, necessariam fuisse probare conantur per *l. 25. Cod. de donat.* in cuius legis principio, cum Imperator Constantinus tam de donatione mortis causa, quam inter viuos differuisset, subiicit generaliter: *In conscribendis donationibus nomen donatoris, ius ac rem notari oportere.* Quæ. 94. *An ante constitutionem l. final. Cod. de donat. mort. causa ad donationem mortis causa insinuatio necessaria fuerit?*

Verum recte noster Treutlerus opinionem istam reiicit: Si enim ante prædictam Iustiniani constitutionem *in d. l. fin. Cod. de donat. mort. caus.* iure sancitum fuisset, donationes mortis causa insinuandas esse, nulla ea de re dubitatio esse potuisset, de qua tamen Iustinianus in *d. l. fin. pr.* aperte testatur.

Nec contrarium probat *d. l. 25.* quod enim illic de insinuandis donationibus dicitur, non hunc intellectum habet, quasi necessario quæuis donationes insinuandæ, sed hoc saltem illic ostenditur, quotiens conscribendæ sunt donationes, quomodo id fieri debeat?

Requiritur autem ad donationes mortis causa quinq; testium adhibitio. Et hoc quidem indistincte siue 500. solidos excedat donatio, siue non excedat. Tum quia *in d. l. fin.* quinque testes adhiberi donationi mortis causa indistincte iubentur. Lit. E.

Tum

Quæ. 65. An si donatio mortis causa insinuata fuerit, nihilominus quinque testes sint adhibendi?

Tum quia in quauis vltima voluntate, vt subsistat, adhibendi hodie sunt quinque testes, *l. fin. C. de codicill.* Sed hic quæritur si donatio mortis causa insinuata fuerit, vtrum nihilominus quinque desideret testes, an vero horum defectum suppleat insinuatio? Noster Trentlerus in negatiuam sententiam inclinare videtur; sed pro contraria opinione, quod scilicet insinuatio suppleat testium defectum, stat veritas ipsa.

1. Etenim *in d. l. fin. C. de donat. mort. caus.* expresse sancitur, si quinque testibus præsentibus donatio facta sit, valere eam etiam sine insinuatione. Vnde per argumentum à contrario sensu recte colligitur, si quinque testes adhibiti non fuerint, valere eam insinuatione legitime facta.

2. Præterea testamentum actis insinuatum etiam sine aliis testibus valet, *l. omnium 19. C. de testam.* Multo igitur magis valebit donatio, in qua non requiritur tanta solennitas, quanta in testamento Giphanius *ad d. l. fin. n. 5.*

Nec in contrarium me quicquam mouet, quod in quauis vltima voluntate ad minimum quinque testes adhiberi debeant. *l. fin. C. de codicill.* Item quod donatio mortis causa absque testium quinque adhibitione non valeat, *d. l. fin.* Nam hæc quidem regula est, sed in præsenti casu exceptionem habet; Ita vt quidem quinque testes necessarii sint ad vltimam voluntatem donationemque mortis causa; Nisi publicis monumentis insinuata donatio fuerit; per textus supra adductos.

Et hactenus quomodo donatio mortis causa celebretur & fiat, ostensum fuit: Resoluitur autem hæc donatio sola & nuda pœnitentia donantis: textus apertus est *in §. 1. I. de donat.* vbi Iustinianus ait, ita donationem mortis causa sic contrahi, vt si superuixisset is, qui donauit, reciperet: Vel si eum donationis pœnituisset, &c. idem apertius adhuc *in l. 30. & l. 35. ff. de donat. mort. caus. Nouell. 87. pr.* Et ratio huius est ista, quod donatio mortis causa sit vltima quædam voluntas, quæ ambulatoria est vsque ad extremum vitæ Spiritum *l. 4. ff. de adim. legat.* Et hoc non modo in expressa, sed in tacita etiam pœnitentia procedit, veluti, cum donator rem mortis causa donatam voluntarie alienat; hac enim ipsa alienatione pœnitere dicitur, *l. vxori & l. cum hic status. §. si maritus. ff. de donat. int. vir. & vxor.* Et cum donatio mortis causa similis sit legatis; igitur sicut in legatis tacita ista pœnitentia sufficit ad reuocandum legatum *l. si mihi & tibi. §. in legato ff. de legat. 1. l. fideicommissa. §. si rem. ff. de legat. 3.* Ita quoque in donatione mortis causa Daniel Mollr. *d. c. 39 sem lib. 2.* Gomez. *Tom. 2. c. 4. n. 18.* Sneidewin. *ad §. 1. n. 22. I. de donat.*

Quæ. 66. An ex sola reconualescentia donatio mortis causa reuocetur; an vero declaratio voluntatis donantis sit necessaria?

Quin etiam reconualescentia sola reuocari donationem mortis causa patet ex *d. §. 1.* vbi dicitur sic fieri donationem mortis causa, vt si reconualesceret donator, rem reciperet. Et sane donationem hanc mortis causa non esse puram sed conditionalem supra thesi 8. dictum est. Habet quippe in se istam conditionem, si mors fuerit donantis secuta: Deficiente igitur hac conditione, etiam donatio extinguetur.

Et quanquam Trentlerus noster secutus Wesenb. *in not. ad Sneidevvin.* statuunt solam reconualescentiam non extinguere donationem, sed insuper desiderari vt ea de re mentem suam declaret donator, quod nempe propterea quod reconualuerit, donationem reuocatam velit. Mihi tamen sententia ista nequaquam probatur, & refellitur etiam apertissime per fundamenta modo adducta. Nec sane vllus textus est, qui probet quod donatio mortis causa sola reconualescentia donantis non rescindatur, sed præter reconualescentiam adhuc voluntatis declaratio requiratur: Quin

potius

potius omnes textus de reconualescentia loquentes, eam ad reuocandam donationem absolute requirunt.

Nec mouet me, quod mutatio voluntatis non præsumatur *l. 22. ff. de prob. l. 22. C. de testam.* Ex quo inferunt quod reconualescente quantumuis donatore, præsumi non debeat, quod voluntate & sententia mutata, reuocatam velit donationem; ac proinde vt de eo constare possit, voluntatis eius declaratione sit opus.

Etenim cum mortis causa donatio hac conditione fieri intelligatur, vt si decessisset donator, haberet donatarius, sin reconualuisset, rem donatam donator reciperet; satis superque ex eo constat, quod si reconualuisset donator rem ad se reuerti velit; vt alia proinde declaratione opus non sit. Adeoque mutata voluntas ex natura donationis conditione, sub qua facta est, sufficienter colligitur.

Denique reuocatur mortis causa donatio morte donatarii ante donatorem decedentis *l. 23. ff. de mort. caus. donat. l. 12. de condict. caus. dat.*

Datur autem ad reuocandam hanc donationem condictio causa dati, causa non secuta: Est enim donatio mortis causa, non pura, nec mera donatio, sed sit ob causam, *l. 1. ff. de donat.* si nempe mors donantis secuta fuerit: Hac proinde causa deficiente, condictione ob causam datorum fit repetitio rei donatæ.

Quia etiam rei vindicatio sine in rem actio datur donatori ad rem donatam, reuocandam, & non solum vtilis, sed etiam directa: Reconualescente enim donatore, statim ipso iure dominium rei donatæ reuertitur ad donatorem, ei autem penes quem dominium rei est, datur rei vindicatio, *l. 23. pr. ff. de Rei vindicat.*

Quin nec semper dominium rei donatæ ad donatarium ante mortem donantis transit, sed eo duntaxat casu, quod ita expresse donatur, vt res statim fiat accipientis: idque exemplo legati, cui donatio mortis causa, quoad effectum comparatur, ex quo dominium rei legatæ ante legantis mortem legatario non acquiritur, *l. 64. ff. de furt.* Cum igitur præfato casu excepto dominus rei donatæ maneat donator, sequitur quod rem donatam, donatione per pœnitentiam, reconualescentiam vel alium aliquem modum resoluta, vindicare queat.

Finis Disputationis Vigesima.



VOLVMINIS POSTERIORIS DISPVTATIONIS VIGESIMÆ PRIMÆ,

De

Acquiren. vel Amittend. possess.

THESIS I.

Resolutio.



Lit. A. Quæst. 1. *Possessio vnde deriuetur?*

Ossessio, inquit cum Labeone Paulus, appellata est à sedibus, quasi sepium positio. De qua deriuatione siue notatione non vnum est Interpp. nostrorum iudicium. Sunt enim qui à pedibus possessionem dictam contendunt. Æmyl. Ferrer. ad *d. l. 1. n. 3.* Vdalric. Zasius *ib. d. in pr.* & Hubert. Giphan. *num. 1.* ait hanc deriuationem à pedibus, quasi pedum positio non esse plane absurdam. Idem sentit ad *d. l. 1.* Iacobus Cuiacius.

1. Quia veteres, in primis vero Cicero in Philippica *1. 2. & 3.* & alibi pedem ponere pro possidere vsurpat. Et *in l. 3. §. contrario ff. de acquir. poss.* coniunguntur stare & sedere.

2. Quia hanc verbi notationem confirmat hæc ratio, quod possessionis initium & quasi fundamentum sit naturalis, siue corporalis apprehensio ac detentio rei *d. l. 1. §. 1.*

Nec obstat primo, quod notatio hæc non omnibus possessionibus conueniat, adeoque non sit cum notato suo conuertibilis, neque possit exinde argumentum firmum ac validum deduci.

Resp. Nam notationis bonæ non est necessarium requisitum, quod sit cum suo notato conuertibilis, prout arguunt mutui *in pr. l. quib. mod. re contrah. oblig.* & testamenti *pr. l. de test. ordinand.* proinde nec necessarium est, vt à notatione ad notatum ac vice versa procedat argumentatio affirmatiue ac negatiue: prout eleganter docet Keckermann. *in systém. Logic.*

Non etiam resistit *d. l. 1. pr. ff. de acquir. poss.* vbi possessio dicitur appellata à sedibus, quasi sedium positio: Nam in vulgaribus exemplaribus ita legitur: *possessio appellata est à pedibus, quasi pedum positio*: Vt proinde ex textu cuius incerta & ambigua est lectio, nihil certi inferri & concludi possit.

Interim tamen nec alteram notationem, qua à sedum positione deducitur, falsam aut improbabilem esse arbitror, cum eius quoque Paulus meminisse videatur *in l. 3. §. Et ex contrario. 4. ff. de acq. possess.* in verbis: *Vel in quo ego sedeo tu sedere videaris.*

Et

Et hæc de Notatione siue definitione nominis. Super definitione possessionis reali magna est Dd. concertatio: Non enim desunt, qui simpliciter negent possessionẽ definiri posse: vel quia omnino destituatur genere, vel quia commodũ genus possessionis haberi difficulter possit: Ita Hotomannus & Ferret. in locis à Treutlero allegatis. Verum sententia horum ne probabilis quidẽ est, cum vix quicquam in rerum natura occurrat, quod definiri non potest, cuiusq; genus idoneũ haberi non possit. Et quod possessio genus habeat, per quod definiri queat, ex iis, quæ mox dicentur, patebit manifestissime. Cæterum illi qui definitionem possessionis dari statuunt rursus summa est dissensio: Nam aliter hi, aliter alii possessionem definiunt, ita vt operæ precium esset, facili negotio vltra centũ definitiones adferri & colligi possent: Sed ne inutili hoc labore tẽpus inutiliter teratur, definitionẽ Treutleri nostri considerabimus, & quam bene possessionis naturam declaret, perpendemus.

Definit autem possessionem, quod sit *detentio rei corporalis animo affectioneue dominii.* Dicitur detentio quia hinc inde in legibus nostris possessio detentio appellatur, vt *in l. 15. §. 3. ff. ex quib. caus. maior. l. 5. ff. de impens. in rem dot. l. 1. §. 3. ff. de acq. poss.* Et sane detentionis nomẽ longe latius patet quam nomen possessionis: quandoquidẽ & ii, qui non possident, tenere siue detinere dicuntur, veluti creditor pignus, colonus, depositarius, commodatarius, *l. 9. ff. de Rei vindicat.* Cæterum quod possessio non recte definiatur detentio, pleriq; opinantur propterea quod detẽtio sit facti, & merito nudoq; facto consistat; possessio autem non sit factum sed ius, quod rursus sequentibus fundamẽtis confirmat. 1. Expeditum & certum est, ꝗ possessio ab eo, qui corpore exiit è fundo, etiam nullo penitus in eo relicto, qui in possessione esset, possessionẽ fundi animo retinere *l. Licet. C. de acq. poss. §. possidere l. de interdict.* Quod si igitur hæc possessio est, quæ retinetur animo solo, tunc aut detentio erit, aut ius tenendi. Non detentio rei, cum res corpore non teneatur. Igitur est ius tenendi. 2. Quin etiam in quibusdã legib⁹ possessio aperte ius dicitur, vt *in l. peregre pr. de acq. poss. l. Non ideo. C. de liberali caus. l. Nemo. C. de acq. poss.* 3. In *l. 49. ff. de acq. poss.* dicitur possessio plurimũ ex iure mutuari, non igitur erit facti, multo minus detentio definiri poterit; cum detentio in mero facto consistat. 4. Accedit his, quod verbum possidere compositũ est à pos & sedere, vt possidere sit posse sedere in re aliqua: Iam vero hoc posse sedere nihil aliud esse videtur, quã ius insistendi rei habere, ex quo sequitur possessionẽ tenendi insistendiue rei ius esse. 5. In *l. stipulatio ista. §. Si quis forte. de verbor. obligat.* disputat ICtus de stipulatione habere licere, & si quis stipulatus sit habere licere rem vẽditam. Quæritur quando committatur hæc stipulatio? & ait ICtus eã stipulationem committi, si forte mota fuerit controuersia, non tantũ de re ipsa, sed etiam *de possessione & alio iure.* subiicit deinceps: *habere enim non licet, cui aliquid de iure deminuitur.* possessio igitur ius est. 6. Corroborat eandem sententiã etiam hoc argumentum, quod seruus non possidet *l. possessio. §. 1. ff. de acq. poss. l. Nunquam. §. seruus. ff. de vsucap. l. stipulatio ista. §. hac quoq; de verbor. obligat.* Iam vero, quæ facti sunt, cadunt in personam serui, sicut in personam liberi hominis. *§. sed cum factum. l. de stipulat. seruor.* Cum igitur, ex sententia ICti, seruus non possideat, sequitur possessionem iuris esse & non facti. 7. Possessio diuiditur in partes pro indiuiso, quæ intellectu magis habentur, quam corpore: Sequitur itaq; possessionẽ magis quippiam corporeum esse, quam in iure consistens. 8. Qualis effectus, talis etiam est causa. Iam vero effectus possessio-

Quæst. 2. *An possessio sit facti, an iuris?*

 possessio-

cessionis, qui est dominium, *tot. tit. I. & Dig. de vsucap.* ius est. Ergo etiam ipsa possessio ius erit.

Et pro hac sententia militant Bartolus *ad d. l. 1. ff. de acquir. poss.* Borcholt. *de acq. vel amitt. possess. c. 1. n. 19.* Giphan. *ad d. l. 1. n. 12.*

Cæterum pro contraria sententia, quod possessio non sit ius, sed factum fortiora adducuntur argumenta.

1. Primo enim reuersi ab hoste iure postliminii omnia iura recipiunt, quæ per captiuitatem amiserant *§. si ab hostibus I. quib. mod. ius patr. pot.* Si igitur possessio ius est, tum etiam captiui reuersi recipiūt beneficio legis postliminii possessionem rerum, quas ante captiuitatem possederant. Iam vero reuersi ab hostibus iure postliminii non recipiunt possessionem neque vsucapionem exceptam, sed coguntur ex integro adipisci possessionem, indeq; primum incipit his cedere vsucapio, nec vetus interrupta restituitur *l. deniq. ff. ex quib. caus. maior.*

2. Insuper heres, quam primum hereditatem adiit, succedit in omne ius defuncti, *l. heres in omne. ff. de acquir. heredit.* At heres non succedit in possessionem defuncti *l. cum heres. pr. ff. de acquir. possess.* possessio igitur ius non est.

3. Præterea nemo facto suo ius nostrum nobis auferre aut minuere potest, puta rem nostram surripiendo, contrahendo, vendendo, tradendoue manet integrum nihilominus & dominium & pignus, & si quid prætereà iuris habuimus in re ista. *l. debitorem. Cod. de pignorib. l. Nec filius. Cod. de reb. credit. l. soluendo. ff. de Negot. gest.* Atqui vnusquisque re eius surrepta aut erepta eo facto statim possidere definit. *l. 3. §. si rem. l. rem qua. Digest. de acquir. vel amitt. possess.* Possessio igitur non est ius, sed res consistens in ea detentione naturali, cuius facultas adempta possessionis damnum adfert.

4. Ad hæc si possessio rectè definitur ius tenendi & insistendi rei, dicendum erit, omnem qui possidet, ius tenendi & possidendi habere; Et contra, omnem qui non possidet, ius insistendi rei non habere: Atqui vtrumque est falsum: Igitur possessio non est ius tenendi aut possidendi rem. Etenim qui ex iniusta causa possidet, vt mulier rem à marito donatam vere possidet *l. 1. §. si vir. Digest. de acquir. possess.* Et tamen mulier ius tenendi & possidendi non habet, vt cui maxime ius aduersetur: Vnde dicitur mulier rem hanc iure ciuili non possidere *l. si eum qui. ff. de donat. int. vir. & vxor.* Ex contrario dominus aut iustus possessor, vi de possessione deiectus, amplius nō possidet *l. Naturaliter ff. de vsurpat. & vsucap.* Et tamen is ius tenendi & possidendi maxime retinet qua etiam de causa ipsi actio prodita est ad possessionem statim recuperandam interdictum vnde vi. *l. si quis vi. in pr. ff. de acquir. poss. l. 1. ff. vnde vi.* Quocirca si is, qui possidet, interdum ius tenendi non habet; Et qui tenendi possidendiue ius habet, interdum non possidet; apparet possessionem ius tenendi aut insistendi rei non esse.

5. Adde quod ICti possessionem vocant vsum. *l. quæstio. ff. de verbor. significat.* vsus autem rei est factum, Nam vti re aliqua est aliquid facere. *l. via. ff. de seruitut.* cum quis it per fundum, dicitur vti fundo.

6. In *l. bonæ fidei 44. 48. ff. de acquir. domin.* dicitur dominium ad ius: possessionem ad factum pertinere.

7. In *l. 1. §. sed pupillus. ff. de acquir. possess.* quæstio proponitur à veteribus agitata, an pupillus possit possidere sine tutore. Et respondetur, posse: Eam enim rem facti esse non iuris: Quibus verbis videtur omnino dirimi controuersia, hac quæstione proposita, an possessio sit iuris, an facti.

8. Huc etiam facit, quod cum *in l. possessionem 29. ff. de acquir. poss.* ab initio

dictum

dictum fuisset, possessionem pupillum sine tutoris authoritate amittere posse, subiicitur ratio hæc: *quod facti est, potest amitti*: vnde perspicue colligitur, quod possessio non sit ius vel iuris, sed facti.

9. In *l.1.§.si vir.ff. de acquir. poss* Maritus vxori suæ aliquid donat: quæritur an acquirat possessionem: Et ait ICtus, non impediri possessionem, quia quod factum est, infectum fieri non potest. Concludendum proinde ex hac & præcedentibus rationibus videtur, quod possessio non sit ius, sed sit factum.

Pro conciliatione vtriusque opinionis variæ ab Interpp. adferri solent distinctiones. Nam Bartol. *in l.1.n.6.ff.de acquir.poss.* Didac. Couarruu. *in cap. possessor. mal.fid.de R in sext.part.2.n.3.* Zasius *in l. 1. pr.ff.de acquir.possess.* Sneidewin. *in §. possidere 5.n.9. I.de interdict.* aiunt possessionem, dum acquiritur & est in fieri esse facti, dum producta est & acquisita esse iuris; vel quod idem est, possessionem esse facti, quoad initia productiua, iuris vero, quoad effectus, quos operatur.

Verum hanc distinctionem refellit Vaconius à vacuna 2. *declarat. 32.* vbi, perinde est, ait, ac si dicas, statua dum fit, ænea est, facta autem, est aurea; Ita enim diuersæ species sunt ius & factum, sicut æs & aurum: vel, si dicas: Hereditas, dum acquiritur, est facti, quæsita iuris. Accedit quod leges quæ possessionem facti vocant, non considerant modum acquirendi, sed essentiam iam quæsitæ; vnde isthæc distinctio ipsis applicari non potest: Deniq; *in l.29. ff. de acq.poss.* possessio quæ mittitur, adeoq; in esse iam producta erat, dicitur facti esse. Hinc Andreas Alciatus *in lib. de quinq. pedum præscript.n.96 & seqq.* possessio, inquit, acquisita substantiam suam non amittit. Post emo obseruandum est, leges supra adductas simpliciter dicere, possessionē esse facti, nō vero possessionis acquisitionem: male igitur præfata distinctio confundit possessionem cum possessionis acquisitione. Et hanc distinctionem etiam Corasius reiicit ad *rubric. tit. de acquir.possess.n.3.*

Alii igitur distingunnt aliter, nempe vt possessio naturalis sit facti, ciuilis vero sit iuris & facti: Facti quidem, propter corporalem occupationem; iuris vero propter dominium, quod est iuris, & alios effectus, vt est vsucapio, perceptio, &c. Vnde textus illos qui possessionem absolute dicunt facti esse de naturali; cæteros vero, possessionem iuris esse asserentes, de ciuili possessione interpretandos volunt.

Sed Iacob. Cuiaclus *lib.18.obseruat.c.24.* Fr. Connanus *lib. 3. comm. c. 10.* Hubert. Giphan. ad *L.1.n.12.ff.de acq.poss.* hanc distinctionem improbant, nec sane immerito: Primo enim textus vltro citroq; supra adducti indistincte ac generaliter loquuntur, nec huiusmodi sapiunt distinctionem, Verisimile autem nō est, quod si alicuius fuisset momenti, ICtos tot in legibus, vel vnico saltem verbulo mentionem eius facturos fuisse. Deinde quod etiam naturalis possessio iuris sit, hac defenditur ratione, quod & ei, qui naturali possessione deiectus est, competit interdictum vnde vi, *l.3. §. vltim. ff. de vi & vi armata.*

Iohannes Corasius *in rubric. tit. Dig. de acquir. possess.* mediam amplectitur sententiam statuens possessionem mixtam obtinere naturam ita vt plurimum habeat facti, ex iure etiam plurimum mutuetur: Si enim, inquit, possessionem in sua naturali qualitate consideremus, nimirum pro rerum vsu, & corporali earundem insistentia, facti dubio procul est, *§.si vir. d. l.1. de acquir. possess. l. possessionem eod.* cum hic vsus à iuris ciuilis ministerio & proprietate rei sit omnino seiunctus, solique naturæ innitatur *l.quæstio.ff.de verbor. significat.* vnde & natura-

ratura'is possessio nomen accepit *l.1. §. dei citur. ff. de acquir. possess.* quæ autem à mero iure naturæ procedunt, in facto consistunt, *l.27. §. pactus Digest. de pact.* Si vero possessionem referimus ad merum ius ciuile, hoc est, ad virtutē à lege ciuili rerum apprehensioni & vsui tributam; vi cuius is quoq; tenere intelligitur qui rei corporaliter non insistit, dum animū habeat possidēdi *l.3. §. saltus. l. clam. § fin. ff. de acquir. possess.* facti sane dici non potest, cum nullū naturæ corporisue factum in ea versetur, sed iuris potestas ac ministerium *l. Nemo. C. de acquir. possess.* ac proinde ciuilis dicitur, *l.2. §. fin. ff. pro hered.* iurisq; censeri debet *l. peregre. ff. de acquir possess.* Cæterum quia in tractatu possessionum solemus possessionis verbo qualitatem ciuilis cum naturali coniunctam demonstrare *d. l.2. §. infra*, mixtæ essentiæ recte dicitur. Quod & Paulus *in l. denique. ff. ex quib. caus. maior. l. possessio. ff. de acquir. possess.* expresse testatur. Et ita Corasius *d. loco.* In eandem sententiam inclinat quoq, Fr. Duarenus ad *l.1. ff. de acquir. possess.* statuens possessionē nec solū facti, nec solum iuris, sed facti simul & iuris esse: Facti quatenus in corporis apprehensione ac detentione consistit: Iuris vero, quatenus ius ciuile ei accedit, detētionemq; approbat legitimamq; efficit, Hugo Donellus *lib. 5. com. c.6.* rem hanc paulo aliter explicat: Ait enim possessionem quidē non esse ius, quanquā sit partim iuris, partim facti: Neque exinde quod alicubi iuris esse dicitur, recte colligi, eam ius esse, sicut ex eo quod alibi dicitur corporis esse nō recte inferri potest, quod corpus sit: Proinde cum iuris esse dicitur hoc significari ait, possessionem, etsi ius non sit, plurimū tamen ex iure mutuari, *l. possessio. pr. ff. de acquir. possess.* hoc videlicet, vt cum de ea acquirenda, retinenda aut transferēda agitur, in his causis propter vtilitatē existimetur res esse, quæ hic eodem iure, quo res cæteræ habeatur. Et hæc opinio mihi quoque ad veritatē propius accedere videtur: Nec multū illi refragantur, quæ supra in contrarium adducta fuerunt. Nam ad primū respondetur, possessionem illam, quam quis, postquā è re sua excessit, retinet, animo, esse detentionē & quidē corporalem illam, quæ prius habebatur, cū primum possessor fundum ingressus est, & cū esset in fundo: Hoc quippe est quod possessio dicitur animo retineri: Non enim retinetur nisi ea, quæ prius fuit: At illa erat corporalis, in facto & detentione posita. Quare & hanc, quæ animo retinetur, talem esse oportet. Et quanquā is, qui corpore exiit è fundo, reuera & natura non teneat corpore; iuris tamen interpretatione corpore tenet. Vnde etiam hæc tenendi & retinendi ratio dicitur iure consistere *l. Nemo. C. de acquir. possess.* iure consistit, quia ius eum, qui animo velit retinere possessionem perinde habet, atq; si vere possideret, id est teneret corpore, & rei insisteret. Ita Donellus respondet. Ad secundum respondeo distinguendo inter possessionē & ius possessionis: Quanquā enim in eo, qui iuste possidet, duo insint possessio & ius possessionis, i. e. ius & potestas retinendæ possessionis. ius ideo, quia hanc potestatem iure constitutā habet; Licet etiam hoc ius cū possessione ita sit coniunctū, vt ex possessione intelligatur ius possessionis in iusto possessore, & contra ex iure possessionis intelligatur possessio, diuersissima tamen hæc sunt *possessio* & *ius possessionis*, vt supra ostensum est exemplo mulieris rem à marito donatā possidentis: Hæc enim vere possidet, *l.1. §. Si vir. ff. de acquir. possess. l.1. §. deiicitur. ff. vnde vi.* interim tamē iniuste possidet, nec ius possidendi habet. Quocirca adductæ leges, quæ de iure possessionis cōceptæ sunt, ad ipsam possessionē accommodari nequeunt. Ad Tertium ex *l.49.* petitū responsio ex prædictis patet: conceditur enim

enim quod possessio plurimum ex iure mutuetur, vnde & iuris esse hinc inde dicitur :- Verum ex eo nemo inferet, quod ius sit possessio : Quin potius ex eo quod dicitur plurimum ex iure mutuari recte contrarium concluditur, quod nempe possessio per se non sit ius, sed in facto potius consistat. Hinc etiam in ead. *l.46.§.1.* dicitur corporis & iuris esse. Donell. *d. loco*.

Ad quartum respondetur 1. falsam esse istam deriuationem possessionis, quæ illic adducitur; Aliam quippe supra adduximus.

Deinde respondet Donellus, aliud esse posse sedere in re aliqua, aliud ius sedendi in re aliqua habere. Nam istud posse sedere ad naturalem potestatem referendum esse, qua possit aliquis natura & facto ipso, cum velit rei insistere, non vero ad ius. Cum is intelligitur possidere, qui ita rem tenere cœpit, vt possit, quoties velit, naturalem, id est, corporalem possessionem eius rei repetere. *l.3.§.Nerua.ff.de acquir.possess.* Non vero is, qui ius insistendi habebat.

Ad quintum argumentum ex *d.l.stipulatio.§. Si quis forte*, depromptum, respondeo verba ista, *Et alio iure*. non referri debere ad remotius nomen possessionis, sed ad proxime præcedentia, ad vsum nempe & vsumfructum: Ita quippe habent verba illius textus : *Si quis forte non de proprietate, se de possessione nuda controuersiam fecerit, vel de vsufructu vel de vsu, vel de quo alio iure eius, quod distractum est.*

Ad sextum ex hactenus dictis responsio perfacilis est: In seruum quippe ea cadunt, quæ mere sunt facti, sed etiam iuris *l.49.§.1.ff.de acquir.possess.* Deinde non idcirco seruus non possidet, quia possessio ius est, sed quia iuris est, siue quia ex iure plurimum mutuatur *dict. l.49.*

Ad septimum respondetur possessionem per se non diuidi, nec enim possessionis vllæ sunt partes, sed vbi possessio est, ibi tota est. Equidem partis quidem potest esse possessio, partis, inquam pro indiuiso : sed diuersa hæc sunt partes esse possessionis, & possessionem esse partis, quemadmodum pulchre, subtiliter & accurate hoc notat Fr. Hotomannus *Illustr. q.20.* & nos ea de re alibi prolixe disseruimus.

Octauum argumentum valde est lubricum: Argumentum enim ab effectu ad causam & vice versa non procedit, quando causa æquiuoca est, hoc est, effectum sibi nomine ac specie dissimilem producit. Sic, Verbi causa, contractus est facti & magis facti, quam iuris: Et tamen effectus eius, qui est obligatio, merum ius est, nec facti quicquam habet *pr. l. de obligat.* Insuper solus possessionis effectus non est dominium: plura siquidem ad dominium acquirendum desiderantur quam possessio *pr. & tot. tit. I. de vsucap.*

Quocirca (vt tandem hanc quæstionem concludamus) rectissime à Treutlero nostro possessionem per detentionem definitam esse arbitror.

Additur in definitione *Rei corporalis*, Quia corporales saltem res proprie ac vere possidentur; Incorporalium vero non est propria possessio. Quæst. 3. *An res saltem corporales possideantur?*

Verum huic refragari videtur, quod *in l.1 §. quod ait prætor. ff. quod legator.* Vlpianus ait vsumfructum & vsum ab vsufructuario & vsuario non possideri, sed teneri, hoc est naturaliter possideri *l. 12. pr. Digest. de acquir. poss.* Et sane hic textus ICtos nostros non parum torsit: Quod enim corporalia solum vere possiderantur; Incorporalia vero improprie & quasi possideantur haut obscure probat *l.3 pr. Digest. de acquir. poss.* vbi Paulus ICtus breuiter definiturus quænam

oder quasi einzugeben/oder zu nhibieren sey/sich derselben biß zu endlichem Außtrag deß Rechtens/ in possessorio oder petitorio zu enthalten. Vnd so das beschehen / soll alsdann keinem Theil an seinem innhaben oder Besitz / in Recht nachtheylig seyn.

Quæst. 5. *An ad possessionem incorporalium requiratur præter inductionem aliquod factum?*

Ad hanc porro quasi possessionem rerum incorporalium constituendam, vtrumne desideretur factum siue actus aliquis, an vero sufficiat sola inductio eius, cui quasi possessio acquirenda est in rem illam in qua possessio ista quasi constitui debet? Verbi causa, si alicui seruitus prædii alicuius constituenda foret, quæstio est vtrum tunc statim quasi-possessio acquisita censeatur, quando is, cui seruitus acquirenda est in prædium fuerit inductus, an vero etiam actus aliquis siue exercitium aliquod seruitutis requiratur?

Paulus Castrensis in hac fuit sententia solam inductionem ad acquirendam quasi-possessionem sufficere, nec vllum vlterius factum vel actum desiderari.

Et huius opinionis suæ fundamentum constituit Castrensis *in l.3. pr. ff. de vsufructu.* Cuius verba hæc sunt: *Omnium prædiorum legati potest constitui vsusfructus vt heres iubeatur dare alicui vsumfructum. Dare autem intelligitur si induxerit in fundum legatarium eumue patiatur vti frui.* His disiunctim requiruntur, vt quis vtatur, patiente domino, vel vt in possessionem inducatur.

Cæterum quod vsus constituat quasi possessionem, probat euidenter *cap. cum Ecclesia. de causa poss. & proprietat.* vbi ad quasi possessionem iuris eligendi requiritur actus & exercitium.

Cæterum textus iste *d. l.3. pr.* non obstat, notissimum quippe est, quod particulæ sua natura disiunctiuæ, interdum vim copulandi habeant, quotiens videlicet subiectæ materiæ, natura, vti hoc in loco, suadet *l. sæpe vbi Alciatus & Gedd. de verbor. significat.*

Quæ. 6. *Quotnam actus requirantur ad possessionem incorporalium acquirendam?*

Cæterum si quæritur quotnam actus ad acquirendam quasi possessionem incorporalium rerum desiderentur, communis ac constans est D.D. opinio, vnicum duntaxat requiri actum eundemque etiam sufficere per textum *in d. c. cum Ecclesia.* vbi vnicus actus sufficit ad obtinendam quasi possessionem iuris eligendi. Et *in l. 1. §. 4. Digest. de aqua quotid. & æstiv.* ad possessionem iuris aquam ducendi adipiscendam sufficit, vt vna die, vno anno, vel vna nocte aqua sit ducta. Et communem esse hanc opinionem vsuque receptam testatur Didacus Couarru. in loco supra citato.

Postremo additur in definitione *animo affectioneue dominii.* Quæ verba vtrumne recte sint addita, haud immerito ambigi posset?

Pro negatiua enim sententia facit primo, quod colonus, inquilinus, rem locatam, creditur rem pigneratam, commodatarius rem commodatam possideant, nec tamen animum & affectionem dominii habere possint.

2. Insuper si in definitione prædicta verba retinerentur, tum causa possessionis cum causa proprietatis confunderetur, cum tamen possessio vsque adeo à proprietate separata sit, vt dicente ICto *in l. 12 § 1. Digest. de acquir. poss.* nihil commune cum proprietate habeat: perperam proinde dominii siue proprietatis mentio in possessionis definitione fieret.

3. Postremo qui vi, clam, precario aut mala fide possident, possessores vtique sunt & tamẽ animo dominii tẽ possidere nequeunt. *l. 1. §. vlt. ff. vti possidet.*

l.habet.15.§. Eum qui ff. de precario. Sic etiam qui à prætore missi sunt in possessionem damni infecti, rei seruandæ, ventris aut legatorum nomine nō habent affectionem ad rem multo minus domlnii affectionem. Et tamen possessores sunt, vtpote in possessionem missi.

Cæterum, hisce rationibus non obstantibus, Theophilus duobus in locis, veluti *in §. Idem placet. I. per quas person. nob. acquir. & in §. Item per. I. quib. mod. toll. obligatio.* statuit eum demum vere possidere, qui possi let rem domini affectu, hoc est, qui pro sua seu tanquam suam tenet, eique ita insistit. Atque sic quoq; post Donell. *5. comm. c. 6.* Treutlerus noster concludit, neminem possidere, nisi qui corpore & animo, eoque domini, rem tenet.

Neque sententiæ huic quicquam refragantur tria ista argumenta superius adducta.

Etenim vt ad primum & postremum respondeatur, qui rem aliquam etiam ex iusta causa tenent, non tamen vt suam, sed vt in aliam versantur, quales sunt colonus, inquilinus, creditor in pignore, fructuarius, item qui in possessionem à magistratu missi sunt, reuera non possident, de colono textus est *in l. Non solum. §. 1 ff. de vsurpat. & vsucap.* de creditore, *l. si tendum, versic. creditor. ff. qui satisd. cogunt. l. pignori. ff. de vsurpat.* de fructuario, *in l. acquiritur. §. vltim. ff. de acquir. dom.* De illis denique supra *in d. l. ut. de oper. nou. nunc.* quod non possideant, ostensum fuit. Et quod depositarius, commodatarius, conductor, quique à prætore in possessionem missus est non possideant, perspicuus est textus *in l. 9. ff. de Rei vindic.*

De malæ fidei possessore quod dicitur eum vere possidere, non tamen animo & affectione domini: ad illud respondeo prius quidem illud quod vere possident, esse verum: At posterius quod affectione domini careat esse falsum: Etenim domini affectu possidere dicitur, non solum qui opinione domini possidet, quique putat dominium rei, quam possidet, ad se pertinere, qualis est bonæ fidei possessor, verum & ille affectu domini possidere recte dicitur, qui hoc animo est, vt velit dominus esse, aut se pro domino gerat, quamuis nulla ex causa, aut ex causa iniusta non teneat. Exemplo est mulier rem à marito donatam tenens, quæ vere & absolute possidet *L. 1. §. si vir. ff. de acquir. poss. l. 1. §. deiicitur. ff. vnde vi.* quamuis iure ciuili non possideat, quia possidet iniuste, vtpote ex donatione legibus improbata, *l. si eum qui ff. de donat. int. vir. & vxor.*

Ad secundum quoque argumentum non est difficilis responsio, proprietas quippe distincta quidem & separata est à possessione *d. l. 12. §. 1.* sed nec confunditur cum possessione dominium, etiamsi cum affectu dominii coniuncta dicatur possessio: Aliud quippe est dominium, aliud affectus dominii. Quandoquidem hic etiam in eo est, qui dominium non habet, vt ex modo dictis relucet perspicue.

Duplicem porro facit possessionem Treutlerus: Naturalem & ciuilem: De qua diuisione vtrumne subsistat, ac possessio diuisionem recipiat, non exigua dubitatio est; ita vt Iohannes Corasius ad *rubric. tit. de acqu r. poss.* quæstionem illam valde perplexam appellitet. Ipse vero Corasius post Placentinum & Azonem, *d. rubr. nu. 4.* statuit duplicem quidem esse possessionis rationem, *l. Nemo. C. de acquir. poss. ff.* variosque possidendi modos *l. 3. §. fin. eod.* Non autem plures esse possessionis species, quia qualitates istæ diuersis species non constituant, *l. fin. ff. de fund. instruct.* ac proinde vnam tantum esse possessionem, Naturalem sc. quæ si à lege robur capiat, ciuilem quoque appellari, *l. 1. §. 1 ff. pro herede.* & quandoque iustam, *l. 2. & l. 3. ff. vti possidet. l. quod*

Lit. F. Quæ. 7. *An possessionis plures sint species.*

l. quod seruus. ff. de acquir. poss. eamque legitimam quoque dici posse ait, eo quod legis auctoritas ei accedat arg. *l. legitima. ff. de pact.* à qua, si plus virium capiat, quam ab insistentia & actu nostro naturali, plurimum dici ex iure mutuari, *l. possessio pr. ff. de acquir. poss.*

Et hanc ipsam sententiam, quod vnica sit possessio, probant primo per textum *in l. 3. §. final. ff. de acquir. possess.* vbi Paulus ICtus diserte ait, vnum esse genus possidendi.

2. Quia eandem esse possessionem quæ animo, cum ea, quæ corpore retinetur, Vlpiani verba *in l. 1. §. siue autem. de vi & vi armata.* demonstrant: *ademisti*, inquit, *possessionem quam animo retinebat, etsi non corpore.* Item quod sola mente naturalis possessio ab eo perdatur, qui rei corporaliter incumbit, innuit *l. 3. §. In amittenda. l. si quis vi. §. 1. ff. de acquir. poss.* Quod si autem ciuilis, quæ animo, ab ea quæ corpore retinetur, specie differret, ciuilem vtique possessor amitteret. *l. si domus. ff. de seruitut. vrban. præd.*

3. Adde quod cum ciuilis possessio creari nequeat, nisi præcedente naturali *l. licet. C. de acquir. & retinend. possess. l. 3. §. Neratius ff. eod.* absurdum esset putare, postquam in esse deducta est, specie ab ea differre, ex qua suam cæpit essentiam, nec in ea qualitate ipsam persistere, quam à prima origine assumpsit, vt nullatenus sit dubitandum, quin & illa, quæ conseruatur animo, naturalis dicatur, licet propter iuris fomentum ciuilis quoque nomen accipiat *l. 2. §. 1. Digest. pro herede.*

4. Quotiens in plurali numero in titulis vtuntur ICti, ibi continentur species diuersæ; exemplo sunt *tit. de seruitutibus tit. bonorum possess. tit. de pactis.* vbi vero singulari numero vtuntur, speciem duntaxat vnam contineri certum est, & demonstrant *tit. de locato. tit. de commodato. tit. de deposito.* Iam vero in tit. de acquirenda & amittenda possessione vtuntur Iuris compilatores numero singulari.

Cæterum hæc sententia veritati congruere minime videtur; Et quod possessionis duæ sint species, quarum vna ciuilis, altera vero naturalis, diserte probant illi textus, in quibus mentio fit possessionis ciuilis, & in quibus rursus mentio fit possessionis naturalis: Ciuilis possessionis meminerunt *l. 2. ff. pro herede l. stipulatio. §. hac quoque. ff. de verbor. signif. l. 1. § deiicitur. ff. de vi & vi armata. l. si eum qui. ff. de donat. int. vir. & vxor.* Naturalis autem possessionis *in l. 1. §. 1. & l. 12. ff. de acquir. possess. l. 35. ff de pign. act.*

Non obstat primum argumentum ex *d. l. 3. §. fin.* petitum: Nam possessio genere est vna, licet plures sub se species habeat: Deinde obseruandum est ICtum eo in loco non tractare de veris possessionis speciebus, sed solum de causis acquisitionis, seu de modis, quibus acquiritur possessio.

Ad secundum respondetur etsi naturalis & ciuilis possessio reuera specie differant, in eo tamen illas conuenire, quod vtraque animo res ineatur: Quod si enim naturalis non æque atque ciuilis retinetur animo, consequens foret, quod naturalem habens possessionem non posset à fundo discedere, quin amitteret possessionem.

Ad Tertium respondeo, consequentiam negando: Nam posito quod ciuilis possessio originem à naturali habeat, ex inde tamen non sequitur, quod possessio ciuilis in esse producta, eadem sit cum possessione naturali Etenim dominium à naturali possessione cœpit *l. 1. §. 1. ff. de acquir. poss.* & tamen dominium à possessione diuersissimum est ac differt non specie, sed genere etiam.

Ad quartum & vltimum argumentum respondet Æmy. Ferrettus allegatam illi regulam esse falsissimam: Quod enim non semper ibi species sint diuersæ, vbi plurali numero in rubrica vtitur

 ICtus

ICtus arguunt tituli *de verbor. obligationibus*, & *de Fideiussoribus*; constat quippe quod verborum obligationis, vt & Fideiussoris vnicum duntaxat sit genus, nullæ vero species diuersæ. Sic etiam quod numerus singularis, quo in rubrica vtuntur iuris compilatores, non semper arguat genus esse vnicum, species vero diuersas nullas, euidentissime euincunt tituli *de Iustitia & iure*, itemque *de capitis diminutione*.

Relinquitur proinde hisce obstaculis remotis, quod possessionis duæ sint species: Naturalis & ciuilis.

Quæst. 8. *An possessio naturalis, ciuili opposita semper sit iniusta?*

Sed & illud porro in disceptationẽ venit, vtrumne possessio naturalis, quatenus ciuili opponitur semper sit iniusta? Ita quidem vulgus interpretum, quibus & Treutlerus noster subscribit, opinatur; Cæterum sententia hæc displicet Vulteio, ad *pr. l. de interdict. nu. 11. & seq.* vbi ait, non omnem possessionem naturalem esse iniustam, sed illam tantum, quæ habetur vi, clam aut precario: Quam etiam sententiam suam comprobat Vulteius isthac ratione quod creditor pignus possideat naturaliter *l. cum & sortis 35. in fine. Digest. de pign. act. l. serui nomine. 16. Digest. de vsucap. l. per seruum. 37. pr. Digest. de acquir. dom. l. 1. §. per seruum. Digest. de acquir. poss.* Et tamen iuste possideat *l. si seruus depositum. 22. §. 1. de Noxal act. l. quacunque 13. § 1. Digest. de public. in rem act.* quando quidem iuris authoritate & voluntate debitoris possidet creditor ad omnes causas *d. l. serui nomine 16.* excepta sola causa vsucapionis.

2. Eandem sententiam confirmat quoque *l. Nemo 10. Cod. de acquir. & retinend. poss.* vti Constantinus Imperator possessionem illam, quæ corpore consistit, quæ proculdubio naturalis est, legitimam esse dicit: verba eius hæc sunt: *Nemo ambigit possessionis duplicem esse rationem, aliam, quæ iure consistit, & aliam quæ corpore, vtramque autem ita demum esse legitimam cum omnium aduersariorum silentio & taciturnitate firmatur &c.*

Leges porro illæ, quas pro contraria opinione Author noster allegat, nihil quicquam probant vel ad rem faciunt: Nam etsi *in l. 3. §. Ex contrario Digest. de acquir. vel amittend. poss.* mentio fit possessionis iustæ & iniustæ: Non tamen exinde colligere licet, quod per iniustam possessionem intelligatur naturalis possessio, per possessionem vero iustam, possessio ciuilis, contrarium quippe postea demonstrabitur.

Sic etiam *l. 22. Digest. eod. tit.* nihil habet, quo euinci queat, possessionem naturalem esse iniustam: Hoc solum ibidem asseritur eum qui sic nactus est possessionem, vt eam quamprimum restituere cogatur, pro eo haberi, ac si possessionem nactus non fuisset; hoc autem quid ad rem pertineat satis non animaduerto.

Pari modo impertinenter plane allegatur *l. 2. & 3. de precario.*

Nihil enim habent vel de naturali, vel de iniusta possessione: Et quanquam possessio precarii, quæ naturalis est, illic iniusta diceretur, non tamen exinde inferre liceret, quod omnis possessio naturalis sit iniusta: argumentum quippe hoc à specie ad genus non concludit.

Postremo *in l. 2. & 3. Digest. vti possidet.* fit quidem iustæ & iniustæ possessionis mentio, sed vnde probabitur per iustam ciuilem duntaxat, per iniustam naturalem possessionem?

Nihil proinde est quod suadeat naturalem possessionem semper esse iniustam; ciuilem vero possessionem solam esse iustam.

Naturalem & ciuilem possessione specie esse diuersas demonstratum est; sed vtrum concurrant in eodem possessore, dubio non omnino caret. Mihi tamen

Lit. G.

Quæst. 9. *An in eodem possessore*

fere concurrant naturalis & ciuilis possessio tamen ad veritatem propius accedere videtur negatiua sententia.

Nam si verum est, quod verissimum esse ostendi, ciuilem & naturalem possessiones specie esse diuersas adeoque sibi inuicem oppositas, sequitur quod in eodem, ratione eiusdem, eodemque respectu concurrere nequeant; Natura siquidem hæc est oppositorum, vt de eodem non possint eodem respectu prædicari. Quocirca fieri nunquam poterit, vt idem rem eandem simul naturaliter & ciuiliter possideat. Id quod eo minus dicendum, stante Authoris nostri hypothesi, quod scilicet naturalis possessio sit iniusta, ciuilis vero iusta: Qui enim, obsecro, fieri posset, vt quis eandem rem iuste simul & iniuste possideat. Fabulam proinde mihi narrare videntur, qui concursum naturalis & ciuilis possessionis fingunt. Illud equidem inficias ire non possum ciuilem ac naturalem possessionem sic concurrere interdum, vt à diuersis res eadem possideatur ciuiliter & naturaliter, ab vno, inquam, ciuiliter, ab altero naturaliter: Hoc enim *l. 3. Digest. vti possidet.* clare ostendit. Verum hic proprie concursus dici non potest, & nos suo loco polixius ostendemus absurdum non esse rem eandem à diuersis possideri simul ciuiliter & naturaliter.

Exponendum hoc loco est quid sit naturalis & quid ciuilis possessio: Duarenus *lib. 1. disput. anniuers. c. 18.* Donell. *5. comm. 6.* Naturalem possessionem definiunt eam, qua quis corpore rei incumbit: quæque clandestina est, aut violenta, aut alias iniusta. Ciuilem vero qua quis corpore quidem insistit rei, sed ex iusta causa.

Mihi placet ciuilem possessionem eam appellare, qua quis rem tenet animo & affectu sibi iure domini habendi: Naturalem vero possessionem qua quis rem possidet animo & affectione rem sibi habendi sed alia, quam dominii affectione Iohannes Borcholt. *tr. de acquir. possess. c. 2. diuis. 2.* Vnde liquet vtramque possessionem non solum corpore sed & animo consistere.

Nec huic obstat *l. Nemo* 10. *Cod. de acquir. & retinend. poss.* vbi Imperator mentionem facit possessionis quæ corpore consistit. Vnde videtur dicendum, quod possessio naturalis solo fiat corpore, non etiam animo.

Etenim respondent quidam possessionem istam corporalem esse diuersam à possessione naturali; quam tamen opinionem refellit hic Author noster ex hoc fundamento, quod possessio corporalis sub naturali comprehendatur: Verum vtrumque horum erroneum est, nec id intendit *d. l. Nemo.* 10. In ea quippe sermo est Imperatori de possessione duntaxat ciuili; Idque exinde colligitur quod loquitur de interpellatione, quæ proprie ad vsucapionem refertur: vsucapio autem ex ciuili tantum, non etiam ex naturali possessione sequitur, *l. 2. §. quod vulgo. Digest. pro herede l. fine 25. Digest. de vsurpat. & vsucap.* ad vtramque autem possessionem *in d. l. Nemo.* propositam refertur interpellatio; vtraque igitur erit ciuilis. Sic igitur intelligenda est *d. l. Nemo*, quod possessio ciuilis ea consistat animo, qua quis rem qua excessit, possidet duntaxat animo: corpore autem illa consistere dicatur, qua quis rei adhuc inhæret, nec ab eo recessit non quod solo corpore consistat, sed ad differentiam alterius illius, quæ animo duntaxat consistit.

RESO-

RESOLVTIO THESIS Secundæ.

Quæ. 10. *An res sacræ religiosæ & homines liberi possideri queant?*

Expofita definitione poffeffionis, fequitur vt de rebus, quæ poffidentur, differamus. Et quidem res duntaxat corporales poffideri, incorporales vero non item, dictum fuit fupra fub *thesi 1. lit. D.* Sunt tamen res nonnullæ corporales quæ nec ipfæ poffideri poffunt: Et tales funt res facræ & religiofæ, de quibus, eft textus expreffus *in l. qui vniuerfus 30. §. 1. ff. de acquir. poff. ff.* quo in loco ICtus ita fcribit: Poffeffionem amittimus multis modis, veluti fi mortuum in eum locum intulimus, quem poffidebamus. Namque locum religiofum aut facrum nō poffumus poffidere, etfi contemnamus religionem & pro priuato eum teneamus, ficut hominem liberum.

Nec obftat huic q̃ de loco facro & religiofo, vt puta de facellis & fepulchris itemque de liberis & de libero homine exhibendo interdicta competunt *l. 2. §. quædam interdicta ff. de interdict. tot. tit. ff. de hom. liber. exhibend.* Omnia vera interdicta fint de poffeffione nec aliarũ, quam poffeffarum nomine competant *pr. I. de interdict.* obferuandum quippe eft Iuftinianum Imperatorem eo in pr. non abfolute nec fimpliciter dicere quod interdicta de poffeffione dentur, fed adiicere, vel *quafi poffeffione.* Quocirca ex propofito argumento hoc duntaxat fequitur, locum facrum & religiofum proprie quidem non poffideri, quafi tamen & improprie poffideri. Pari modo de liberis noftris homineque libero dantur interdicta non quia eos vere poffidemus, fed quia quafi duntaxat & improprie poffidemus Borcholt. *tr. de acquir. vel amitt. poff. c. 5.*

Rurfus ei, quod dictum eft, liberum hominem hominem non poffideri obftare videtur *l. 4. ff. de acquir. poff.* vbi proponitur filiumfam. quem liberum effe oportet, §. 1. & §. 3. *I. quib. mod. ius patr pot. folu.* poffideri.

Sed recte refpondetur ibi filiumfam. poffideri vt feruum; fic homines liberos bona fide pro feruis poffideri, ipfe Iuftinianus proponit *in §. 4. I. per quas perfon. nob. acquir.*

E rebus corporalibus mobiles poffideri certum & indubitatum eft, de immobilibus faltem, vtrum vere poffideantur, quædam difputatio eft. **Lit. B.**

Equidem res corporales poffideri generaliter traditum eft *in l. 3. pr ff. de acquir. poff.* immobiles vero res maxime effe corporales, expeditum eft.

Deinde cui competit notatio, eidem quoque videtur competere notatum, prout vulgaris habet Dialecticorum maxima, Atqui poffeffionis notationem fupra traditam, quà à pedum pofitione deducebatur, rebus immobilibus exacte conuenit. Sequitur proinde poffeffionem quoque effe rerum immobilium.

Et hanc fententiam porro confirmant *l. 40. l. 48. & l. 37. ff. de acquir. poff.* quibus in locis proponitur fundus poffideri.

Ad rerum porro immobilium poffeffionem acquirendam fufficit partem quamlibet fundi introiri, nec neceffarium eft vt qui poffidere fundum velit omnes glebas circumambulet, dummodo ea fit mente & cogitatione quod totum fundum vfque ad terminum velit poffidere, vt eft textus expreffus *in l. 3. §. 1. Digeft. de acquir. poff.* Borcholt. *d. tractat. de acquir. poff. c. 3.*

Quin etfi plures fint res immobiles, modo fub vna reliquæ contineantur, fufficit vnam illam principalem introitam effe. Iohannes Borcholt. *d. c. 3 n. 13.* vbi allegat Aluarottum *in cap. vnic. n 7. verfic. quæro ab, extra. qua fit inueftitur.*

Bartol.

Bartol. *in l. possideri n. 1. de acquir. poss.* Vdalricus Zasius *lib. 1. consil.* 10. *num. 6.* Mynsing. *cent. 3. obseruat. 39.* Hinc in emptione prædii vel castri alicuius omnia apprehensa censentur, omnes pertinentiæ, quæ ad castrum vel prædium istud pertinent castri vel prædii apprehensione facta per textum *in l. 1. §. veteres & l. prædia. ff. de acquir. poss.* Andr. Gail. *2. obseruat practic. 129. num. 7.*

Possideri porro possunt res duntaxat certæ, incertæ vero possideri nequeunt: ita traditum est *in l. 3. §. 2. ff. de acquir. poss.* Vbi Paulus ait: *Inceptam partem rei possidere nemo potest, veluti si hac mente sis, vt quicquid Titius possidet, tu quoque velis possidere.* Cui consonat quod *in l. 26. ff. eod. tit.* Pomponius scribit; certam partem possideri posse; incertam vero partem nec tradi, nec capi posse.

Et ratio huius nemini potest esse obscura: Ad possessionem quippe requiritur non tantum corporalis apprehensio, sed animus etiam est scientia *l. 1. §. 1. & §. 3. ff. hoc tit.* At res seu pars, quæ incerta est, ignoratur, quæ & quanta sit. Hubert. Giphan. *ad l. 3. num. 33. Digest. de acquir. poss.*

Sed huic tamen obstare videtur hoc argumentum, quod quicquid vindicatur, id quoque possideatur; cum in rei vindicatione duo, requirantur, ex parte agentis quidem dominium *l. 23. pr ff. de Rei vindicat.* ex parte vero rei-conuenti possessio *l. qui petitorio ff. eod.* Iam vero pars incerta vindicatur, per textus *in l. 3. §. 1. l. qua tota 76. §. 1. Digest. de Rei vindicat.*

Sic etiam eidem sententiæ refragari videtur quod pars pro indiuiso possideri potest *d. l. 26.* Atqui pars pro indiuiso est pars incerta: qui enim partem fundi Tusculani pro indiuiso, is dicere non potest hanc vel illam partem Tusculanise possidere.

Sed hæc non admodum magni sunt momenti: Ad prius enim argumentum respondet Hubert. Giphanius prædict. loco partem duplici modo dici incertam: primo cum ignoretur quæ nam & quota sit, puta, tertia, dimidia vel quarta: secundo; cum scitur quidem quota sit sed tamen pars illa indiuisa est, vt nec cerni, nec tangi possit: Et de posteriori hac parte incerta verum est quod vindicetur; item quod possideatur *d. l. 26.* Non autem de priori incerta parte.

Sed tamen ad priorem obiectionem etiam hoc modo respondet Burcholr. *d. c. 5. num. 9. & 10. I. I.* quod vindicatur regulariter debere esse certum, cum actoris sit rem, quam petit, designare & dicere vtrum totam, an partem & quotam petat *l. 6. ff. de Rei vindicat.* Sed interdum solum etiam incertæ partis vindicationem esse quando videlicet huius iusta & idonea causa interuenit *l. qua de tota Digest. de Rei vindicat. l. 1. §. fin. ff si pars hered. pet.* Vt si res legata sit, eamque lex falcidia interueniens minuat, incertum tamen sit, pro quanam parte minuat, tunc datur legatario vindicatio incertæ partis, hoc modo, *quanta pares in ea re iure legati meum esse.* Hic autem dari partis vindicationem æquum est ne legatarius incidat in pœnam plus petentium. Ex eo autem quod legatarius in modo adducto casu partem incertam vindicat, non sequitur incertam quoque partem possideri; cum alius sit qui vindicat, alius vero qui rem, quæ vindicatur possidet. Qui vindicat rem legatam, quam ex lege Falcidia minuit, rem incertam vindicat: At heres, qui possidet rem legatam & à quo res vindicatur, rem incertam non possidet, sed possidet totam rem legatam.

Nondum sufficit rem esse certam vt possideri possit, sed amplius adhuc requiritur vt vacua sit ab alio possessore, quoniam duo eandem rem in solidum possi- Quæ. 12. *An ad acquirendam possessionem*

vtrum necessarium sit vacuam esse possessionem?

possidere nequeunt per textum *in l. 3. §. Ex contrario. 5. ff. de acquir. vel amit. possess.* Quod indubitate verum est de possessione eiusdem generis; hæc enim penes duos simul & in solidum esse nō potest; Nec enim duo eandem rem simul possunt possidere ciuiliter & naturaliter: Sed hoc dubio non caret vtrumne duo in solidum eandem rem diuerso possessionis genere possidere valeant; sic vt vnus possideat ciuiliter & alter possideat naturaliter?

Et porro Negatiua, quæ fere communi Dd. calculo recepta & comprobata est, hæc sequentia argumenta facere videntur.

1. Textus expressus est *in l. 3. §. Ex contrario. 5. Digest. de acquir. poss.* quo in loco ICtus Paulus ita scribit: *Ex contrario plures eandem rem in solidum possidere non possunt: Contra naturam quippe est vt cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris: Sabinus tamen scribit, eum qui precario dederit & ipsum possidere, & eum, qui precario acceperit: Idem Trebatius probabat existimans, posse alium iuste alium iniuste possidere: Duos iniuste vel duos iuste non posse, quem Labeo reprehendit. quoniam in summa possessionis non multum interest iuste quis, an iniuste possideat, quod & verius. Non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam vt tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto, vel in quo ego sedeo tu sedere videaris.* Ecce his verbis non solum regula traditur quod duo in solidum eandem rem possidere non possint, sed etiam regula ista argumentis à Paulo confirmatur.

2. Pauli quippe primum argumentum hoc est: possessio nihil aliud est quam detentio: Atqui per rerum naturam fieri non potest vt cum ego aliquid detineo in solidum, tu quoque id detineas; Igitur etiam natura non admittit vt duo vnam eandemque rem in solidum possideant.

3. Secundum Pauli argumentum istiusmodi est: Is possidet fundum, qui ea mente stat in fundo vt totum fundum vsque ad terminum velit possidere, quamuis non omnes glebas circumambulet *l. 3. §. 1. ff. hoc tit.* In eo autem loco, in quo tu stas, ego simul stare non possum: Nec in eo loco in quo ego sedeo, tu simul sedere potest: Hoc quippe natura non patitur: Ergo per naturam eadem possessio apud duos esse non potest.

4. Tertium argumentum Pauli est tale: Possessio appellatur à sedibus, quasi positio *l. 1. Digest. de acq. poss.* At in quo loco ego sedeo, tu sedere non potes. Ergo etiam natura non admittit vt eandem rem duo in solidum possideant.

Et hanc opinionem defendunt nobilissimi quique legum interpp. & ex illis Hugo Donell. *lib. 5. comm. 8.* Francisc. Connan. *lib. 3. comm. c.* 10. Iacob. Cuiac. *9. obseruat. 30. & 17. obs. 2. & ad d. l. 3. §. 5.* Iohannes Borcholt. *in d. tractat. de acquir. poss. c. 6. num. 18. & sequent.* Cæterum pro contraria opinione, quam propugnat Hermannus Vulteius ad *pr. l. de interdict. n. 13.* Hubert. Giphanius, Francisc. Duarenus & Æmyl. Ferret. *ad d. l. 3. §. Ex contrario 5.* fortiora videntur militare argumenta.

1. Et primo quidem firmissimum eius sententiæ fundamentum est *in l. 3. ff. vti possidetis*, vbi diserte cōfirmatur quod duo in solidum eandem rem possidere queant: verba leg. hæc sunt: *Si duo possideant in solidum videamus, quid sit dicendum, quid qualiter procedat, tractemus: Si quis proponeret possessionem iustam & iniustam: Ego possideo ex iusta causa, tu vi aut clam. Si à me possides, superior sum interdicto, si vero non à me, neuter nostrum vincet: Nam & tu possides, & ego.*

Equidem Iohannes Borcholdus *d. c.*

5. hoc

5. hoc fundamentum longe validissimum ita subuertere conatur vt dicat Vlpianum hic vti hisce verbis, *si quis proponeret*. Hæc verba ait diligenter esse notanda, quia ex iis intelligatur Vlpianum nequaquam velle duos simul possidere posse, sed illum tantum hoc proponere ex Sabino, qui ita statuerit, duos in solidum possidere. Totum itaque quod Vlpianus *in d. l. 3.* proponit ex sententia Sabini esse, cuius tamen sententiam Proculiani non probarint nec ipse etiam Vlpianus, vti ex *d. l. 3. §. Ex contrario.* appareat.

Veruntamen si verba textus probe ponderentur longe aliud exinde relucebit: proponit quippe statim ab initio ICtus sibi diiudicandam quæstionem de duobus in solidum possidentibus: Si duo, inquit, possideant in solidum, videamus quid sit dicendum, quod qualiter procedat, tractemus. Quibus verbis satis euidenter euincitur quod Vlpianus non alterius, Sabini videlicet, prout Borcholdus opinatur, sententiã, sed suam opinionem referat; Id quod verba etiam subsequentia, quæ non sunt narratiua, sed decisiua satis superque euincunt. Et ad quid, obsecro referret Vlpianus Sabini sententiam, si illam nec approbaret, nec reprobaret? Maxime cum sibi de proposita quæstione sumat Vlpianus.

Sunt, qui dicant Vlpianum & Paulum in hac controuersia olim ab inuicẽ dissensisse: Et Paulum quidem duos in solidum diuerso modo eandem rem simul possidere non posse, statuisse *in d. l. 3. § Ex contrario.* contra vero Vlpianum *in d. l. 3. Digest. vti possidet.* possessionem eiusdem rei simul in solidum apud duos esse posse, affirmasse: Hincque contradictionem & ICtorum dissensionem in ius nostrum relatam fuisse.

Sed nec hæc sententia admitti potest 1. Quia in mera coniectura & diuinatione consistit, nec vllo solido fundamento nititur. 2. Quia sic aperta & inconciliabilis antinomia extaret in pandectis nostris, contra quam Iustinianus *in l. 2. Cod. de iure vet. enucl.* profitetur. 3. Quia compilatores iuris, si quidem scientes huiusmodi contrarietatem pandectis inseruissent, nulla prorsus ratione excusari possent, eo quod contra expressum Iustiniani mandatum, quod fuit vt è pandectis tollerentur antinomiæ, fecissent: At ipsos imprudentes idipsum fecisse credibile plane non est, cum iam ante ipsorum tempora præsens controuersia ad nodum fuerit celebris, prout ex discursu Pauli *in d. l. 3. §. Ex contrario.* satis abundeque liquet. 4. Quia Iustinianus *in d. l. 1. Cod. de iure vet enucl.* monet omnia, quæcunque corpori iuris suo iussu sint inserta ex sua persona non vero ex persona illorum, quorum nomina singulis legibus superinscripta sunt, intelligi oportere: Sicut proinde Iustinianus non vult sibimetipsi esse contrarius; ita quoque leges sic accipi non debent ex Authorum sententia vt vllam sapiant dissonantiam vel contrarietatem.

Hoc ipsum, cum animaduerteret quoque Giphanius alio modo ad *d. l. 3.* respondendum putat. Ait autem *d. l. 3.* restringendam esse ad titulum, sub quo ponitur, nempe ad interdictum vti possidetis, vt nimirum vterque possidebat non simpliciter, sed respectu eius interdicti: id, quod putat indicari verbis, *si à me possides*, item verb. finalibus: *Nam & tu possides & ego.* Hoc enim interdictum dari possidenti & eius ratione ac respectu tam ei, qui ex causa iusta quã qui ex causa iniusta possidet, adeo vt is, qui iuste possidet, sed deiectus est ab altero, habeatur pro possessore & deiicienti contra illum non prosit hoc interdictum, quamuis contra alium prosit.

Cæterum nec hæc ratio ad rem quicquam facere videtur, posito quippe quod *d. l. 3* ad interdictum vti possidetis sit restringendum, relinquetur tamen interim esse verissimum quod proposuimus, duos videlicet simul in solidum eandem rem possidere posse.

2. Deinceps confirmatur opinio nostra etiam validissime isthac ratione quod ipsum interdictum vti possidetis, satis innuat duos posse eandem rem in solidum possidere: ita enim interdicebat prætor: *vti possidetis, ita possideatis*, quæ verba indicant, prætorem isthoc interdicto iussisse vtrumque de possessione litigantem possidere, & quidem possidere in solidum.

Sunt nonnulli qui respondeant interdictum istud de vno possessore interpretandum esse, quem verbo plurali prætor alloquatur.

Verum huic repugnat vsitata & genuina verborum significatio & vsus latine loquentium.

Alii igitur duos possessores sunt interpretati, quorum singuli pro parte possiderent.

Quæ interpretatio quoniam expressis textus verbis repugnat, merito vt absurda reiicitur.

Hugo Donellus ad *l. vnic. n. 8. C. vti possidetis.* respondet *in d. l. 3.* non tractari de duobus possessoribus quorum vterque vere ac proprie possideat, quia interdicto vti possidetis vera possessio non quæratur, quæ nempe talis sit iure aut natura; sed quæ pro tali habeatur, dum quis se vere possidere contendit; id quod exinde colligit, quod interdictum istud hoc solum vult spectari, an vnus ab altero nec vi, nec clam, nec precario possideat, vnde etiam Paulus *in l. 2. ff. eod. tit.* cum dixisset Paulus iusta, an iniusta sit possessio aduersus alios nihil referre adiecit, *in hoc interdicto.*

Cæterum nec hæc responsio recipienda videtur: quandoquidem iniusta etiam possessio vera est possessio & quod *in d. l. 2. ff. vti possid.* in specie de interdicto vti possidetis dicitur, id in genere de possessione asseritur *in l. 3. §. 5. ff. de acquir. poss. ff.* in verbis: *quoniam in summa possessionis non multum interest iuste quis, an iniuste possideat*: Quocirca si hoc ex *d. l. 3. ff. vti possid.* obtinetur quod duo in solidum possideat, vnus iuste, alter iniuste; tunc salua erit nostra quam tuemur sententia.

3. Insuper corroboratur opinio nostra textu *l. 24. ff. de acquir. poss.* vbi res peculiaris dicitur à seruo naturaliter possideri, non vero ciuiliter, sed à domino ciuiliter.

Nec diluit hoc argumentum responsio Accursii, qui ait, seruum rem ita tenere vt asinus tenet sellam, quæ a Glossographis dicitur possessio asinina. Hoc enim absurdum esse fatetur quoque & agno cit Gi[illegible] h[illegible]mius, eò quod ad corporalem detentationem, quæ plane facti est, necessarius sit intellectus & affectio tenendi *l. 1. §. 1. ff. de acquir. poss.* At seruum possidere naturaliter, probat *l. stipulatio ista 38 § hec quoque. ff. de verbor. obligat. l. 49. §. 1. ff. de acq. poss.*

4. Eandemque sententiam confirmat *l. rei commodatæ 8. ff. commodat.* vbi commodans dicitur retinere possessionem, ciuilem videlicet, quam prius habuit: Commodatarius vero naturalem naneiscitur possessionem *l. videamus 39. §. si possessionem. ff. de vsur.*

5. Quin etiam inprimis huc facere videtur *l. Et habet. §. Eum qui. ff. de precar.* vbi Pomponius ICtus expressis verbis tradit duos in solidum posse possidere: verba legis ita sonant: *Eum, qui precario rogauit, vt sibi possidere liceat, nancisci possessionem non est dubium: An is quoq; possideat, qui rogatus sit, dubitatum est? Placet autem penes vtrumque esse eum hominem qui precario datus est, penes eum, qui rogasset,* qua

qua possederat corpore: penes dominum quia non discesserit animo possessione.

Et quanquam Hubertus Giphanius existimet ideo hanc legem ad rem non facere quia rogans & dans precarium possideant quidem, non tamen in solidum neque plene & perfecte vterque: propterea quod qui rogauit precarium etsi possideat, non tamen possessio ista ipsi ad dominium proficiat *l. quacunque. 13.§.1.ff.de public.l.2.§. inter prædones. ff. de comm. diuid.* Hæc tamen responsio fundamentum hoc solidissimum minime subuertit falsum quippe est vtrumque, rogantem, inquam, & dantem precarium non possidere in solidum. Quod enim ad dantem attinet, dicitur is retinere possessionem animo hominis illius qui precario datus proponitur: Iam vero habuit possessionem hominis non pro parte, sed in solidum: hanc proinde retinet post quam hominem istum precario concessit: Rogantem quoque in solidum eundem hominem possidere verba ipsa *d. l.* satis perspicue euincunt: dicitur enim hominem possidere, non partem hominis: Nec vllatenus dubitandum censeo, quia hæc responsio falsa sit & conficta atq; textui plane repugnet. Quod vero subiungitur rogantem non possidere perfecte nec plene, quia possessio ista non pertineat; id quidem largiri possem, nec sane hæc mea est sententia quod vterque in proposito casu ciuiliter possideat, sed hoc contendo precarium dantem possidere ciuiliter: rogantem vero duntaxat naturaliter: Hoc quippe solum in controuersia nūc est & probandum fuit quod duo in solidum eandem rem diuerso modo possidere valeant, vnus ciuiliter, alter naturaliter.

Nec audiendum arbitror Iohannem Borcholdum qui Pomponium *in d. l. Et habet.§. Eum qui* dissensisse ait à Paulo *in d.l.3.§.5.ff. de acq. poss.* Nam huiusmodi interpretationem legum admittendam non esse, supra dilucide ostensum fuit.

6. Robur præterea opinioni nostræ non exiguum adfert *l.si id, quod 25.§. vltim.ff.de acquir.vel amitt.poss.* perspicue enim demonstrat duos eandem rem in solidum possidere, vnum ciuiliter atque animo, alterum naturaliter & corpore. Et nullum esse locum, quo magis perspicue probetur, à duobus eandem rem in solidum possideri posse, aperte profitetur Duarenus in loco supra citato. Verba eius hæc sunt: *Quod autem solo animo possidemus quæritur vtrumne vsq; eo possidemus donec alius corpore ingressus sit, vt potior sit illius corporalis possessio, an vero (quod quasi magis probatur) vsque eo possideamus, donec reuertentes nos aliquis repellat, aut nos ita definamus animo possidere quod suspicemur repelli nos posse ab eo, qui ingressus sit in possessionem. Et videtur vtilius esse.* Ecce hic dicitur is, qui absente me, fundi mei possessionem ingressus est corporaliter possidere; Ego vero animo possessionē vsq; dum reuersus repulsus fuero, retinere.

Giphanius tamen in præcitato loco opinatur per istum textum sententiā nostram nō probari quia ille ingressus non possideat statim, sed tum demum quando me reuersum repulerit & ego animo possidere desiero.

Verum verba textus reclamant, vt quæ ingresso possessionem corporalem tribuant antequam reuersus fuero.

7. Stabilitur insuper nostra sententia & ista ratione, quod fructuarius possidet naturaliter *l. 12.ff.de acquir poss.l.49.pr.eod.tit.* proprietarius vero ciuiliter. Itē quod creditor pignus possidet naturaliter *l. 35 ff.de pign.act.l.16.ff. de vsuc.l.37.pr.ff.de acq.dom.* debitor vero ciuiliter *l. qui pignoris ff.de acquir poss.* item quod commodās possidet rem commodatam ciuiliter. *l. 8. ff commodat.* cōmodatarius vero naturaliter *l.2.§.quod vulgo ff pro herede.*

Et quanquam dissentientes statuant vsufructuarium, creditorem commodatariũ possidere impropriè propter textum *in l.9.§.fin.ff.de Rei vindic.* sententia tamen hæc falsissima est, nec quicquam probat *d.§.fin.* qui per detentionem illic possessio naturalis, quæ magis in detentione corporali, quam ciuilis, consistit, intelligitur: per possessionem vero, quæ illic denegatur depositario commodatario &c. ciuilis possessio significatur.

Confirmata proinde hac nostra sententia quidnam ad contrariæ opinionis priori loco propositæ fundamenta respondendum sit, despiciendum erit.

Et quidem potissimum ac principale suæ opinionis fundamentũ cõstituunt *in d.l.3.§.Ex contrario.5.* Veruntamẽ si diligẽter & accurate consideretur, apparebit luce meridiana clarius eam ad præsens negotium nihil penitus pertinere: Loquitur enim de duobus eandem rem in solidum eodem modo eademque possessionis specie possidentibus, non vero de illis qui diuersimode rem eandem in solidum possident: Hoc, etsi negent dissentientes, euidenter tamen ex ratione Labeonis, quoad refellendum Trebatium vtitur, relucet: concepta enim hæc est de eadem possessione: Non magis enim, inquit Labeo, eadẽ possessio apud duos esse potest, q̃ vt stare videaris, &c. vnde colligitur ꝙ tota Trebatii & Labeonis disputatio ibi proposita, non fuerit de diuersa duorum possessione, sed de possessione eadem.

Nec ratio hæc eludi potest hoc modo ꝙ per possessionẽ illic intelligitur prædiũ, sicut sæpe prædia & res immobiles possessionis nomine insigniri solent; primo siquidem à propria & genuina significatione verbi in dubio nõ est recedendum *l.Non aliter.ff.de legat.3.* Deinde non fuit controuersia de prædio quod possidetur, sed de prædii possessione: Vnde & ratio qua vsus est Labeo in ista disputatione non de prædio, sed de prædii possessione intelligi debet.

Neq; huic interpretationi nostræ obstat ꝙ Trebatius à Labeone in eo maxime fuerit reprehensus ꝙ statuit vnum posse iuste, alterũ iniuste possidere: possessio a. iusta sit ciuilis, iniusta vero naturalis, ac proinde hoc Labeo reprehenderit ꝙ eadẽ res à duob. possit diuersimode possideri, ab vno ciuiliter & ab altero naturaliter. Nititur quippe hæc obiectio falsa hypothesi, quam & supra refutauimus, ꝙ nempe possessio naturalis semper sit iniusta: ciuilis vero sola sit iusta: Hoc siquidẽ præsuppositum plusquam absurdum esse euincunt exempla creditoris rem pigneratam possidentis, commodatarii, depositarii & vsufructuarii, qui omnes naturaliter possident, vt supra fuit demonstratũ, & tamẽ iuste ac bona fide possident. Hæc proinde sententia fuit Trebatii, quam Labeo reprehendit, ꝙ possint duo in solidum possidere sic vt vterq; quidẽ possideat naturaliter, adeoque eadem possessionis specie, sed vnus iuste, alter iniuste: Reliqua tria argumenta, quæ dissentientes ex *d.l.3.§.5.* depromunt facili negotio dissolui queunt.

Nam per rerũ naturã fieri non potest vt quod tu in solidum detines, id ego eodem modo in solidum detineam: At per rerũ naturã fieri potest vt quod tu in solidum possides, id ego alio modo in solidum detinerẽ. Sic etiam rerum naturę repugnat vt vbi tu stas, ego etiam eodem modo stem, sed naturæ non refragatur vt vbi tu stas ego diuerso modo stem, tu animo, ego corpore, vel vice versa.

Relinquitur proinde quod duo in solidum eandem rem possidere possint diuerso possessionis genere, adeoque ad acquirendam possessionem non sit necessarium rem ab omni possessione esse vacuam, sed sufficere eam ab eiusdem generis possessione vacuum esse.

Ex variis porro causis possessionem nobis

nobis acquiri, aperte profitetur ICtus *in l.3.§.21.ff.de acquir. possess.* vbi ait: *genera possessionum tot sunt, quot & causæ acquirendi eius, quod nostrum nō sit: Velut pro emptore, pro donato, pro legato, pro dote, pro herede pro noxæ dedito, pro suo, sicut in his, quæ terra marique, vel ex hostibus capimus, vel quæ ipsi, vt in rerum natura essent, fecimus. Et in summa magis vnum genus est possidendi, species infinita.* Quin etiam ex iniustis causis possessione acquiri indubitatum est ac probat *l.4.5.& 6.ff.de acquir.poss.* Nec sane quod ad ipsam possessionem quicquam refert, iusta sit, an iniusta, ex iusta causa quæsita, an vero ex causa iniusta *l.3.§ 5.ff. de acquir.poss.*

Lit. E. Quæ. 13. An qui à pretore in possessionem est missus, iuste possideat?

Sed iuste tamē possidet, qui authore, prætore possidet *l. 11.ff.de acquir.poss.* h.e. iustā ille censetur habere possessionem, qui ex decreto prætoris possessionem est nactus. Ratio autē hæc est ꝙ qui quid facit authore prætore, dolo careat, quia necessum habet parere *l. Non videtur. §. qui in sui.ff.de Reg.Iur.*

Sed quia si ex falsa causa decretū Prætoris sit interpositū ita vt appareat obreptū esse prætori, an & tunc iuste possidet is, qui auctore prætore possidet & plerumq; ea est sententia iniuste possideri cū ex falsa causa decretū est interpositum: Sunt tamen qui contra statuant moti *l. Cum vero §. subuētum.ff.de statulib.l.1 §. hæc verba.ff. Ne vis fiat ei qui in l. magis puto.ff.de reb.eorum.* quibus in locis diserte scribitur, ei, qui ex falsa causa decretò prætoris possessionem obtinuit, nihil possessionē prodesse debere. Et hæc sententia veritati & æquitati cōsentanea videtur: Nec n. iniuria prætoris vni detrimento, alteri lucro esse debet. Multo min⁹ iusta reputanda erit possessio cum prætori obreptum est, quia alias dolus prodesset decipienti, & alteri, cui aufertur possessio, noceret. Sic itaque verum est iuste eum possidere, qui authore prætore possider, si ex causa per decretū prætoris possessionem sit nactus: Deinde si decretum prætoris, ordine iuris seruato, sit interpositum. Hinc eleganter admodū Andr. Gail.2.obseru 76. notat regulam istam, ꝙ iuste possideat qui auctore prætore possidet, tunc demū procedere quādo cum causæ cognitione iudicialiter, parte altera, de cuius agebatur præiudicio citata *l. iudices C.de iud.* proceditur: Non vero locum illi esse quando de facto & extraiudicialiter ad vnius partis petitionē iudex processerit, quoniam hoc casu non vt iudex, sed vt priuatus processisse intelligitur *l. prohibitū est. C. de iure fisci.* Et iudex taliter procedens iniuriarum conueniri potest *l. Nec Magistratibus Digest. de iniur.*

Subiicit hoc loco ICtus regulā Neminē sibi causam possessionis mutare posse: Quæ regula pluribus in locis repetita & inculcata est, & proponitur *in l. 3. §. illud. 19 ff.de acquir. heredit. l. 19. §. 1 eod. l. Non solū. §. quod vulgo. ff. d. vsurpat. & vsucap. l. 2. §. quod vulgo ff. pro herede. l. certe §. Iulianus. & l. fin. ff. de precar. l. Cū nemo. C de acquir. poss. l. 23. C. locat. l. vltim. in fine. ff. si pars heredit. pet.* Sententia autē huius regulæ est ista, qui rē vel naturaliter tantū possidet, vt est colonus, depositarius, fructuarius, commodatarius, inquilinus, quiq; vere quidē, sed ex iniusta causa malaquē fide possidet, nō potest aut naturalē suā possessionē sibi mutare inciuilē, aut iustā & malę fidei in possessionē iustā & bonæ fidei. Verbi causa; Colonus possidet tantū naturaliter *l 9. in fine. ff. de Rei vindicat. l. 1. §. ff vnde vi.* hic igitur Colonus, si secū constituat, velle se hūc fundū ciuiliter & vere possidere, eumq; retinere sibi, tanquā domino, eoque proposito vendat alicui hunc fundū, nihil agit Colonus, nec domino fundi istius, possessionem ciuilem habenti, quicquam præiudicat.

Rationē vero huius regulæ duplicē assignat Giphanius 1. Quia alias si quilibet sibi causam possessionis mutare posset,

posset, daretur occasio delinquendi, quoniam qui vi fundum occupauit, si posset hanc iniustam possessionem ipse mutare in possessionem iustam, pergeret plures vi occupare fundos, atqui occasio omnis delinquendi præscindi debet *l. 1. § illa autem. C. de lat. libert. tollend.*

2. Quia domino non debet res sua auferri sine causa & tantum ex libidine & proposito alicuius priuati *l. Id quod nostrum 1. ff. de Reg. Iur.* Atqui si licita foret huiusmodi possessionis mutatio, domino res sua, aut eius saltem possessio ciuilis auferretur.

Circa hanc porro regulam obseruandum primo est quod, etsi ipse possessor sibi causam possessionis mutare nequeat, alius tamen possit causam possessionis possessori mutare; vt si deponens depositario vendat vel donet rem depositam: Hic enim mutata est possessio naturalis in ciuilem.

Deinde quod dicebatur, neminem sibi possessionis causam mutare posse sic intelligendum est si in priori possessione manere velit: Nam si quis non maneat in possessione priori, sed eam dimittat, & postea possessionem ex alia causa recuperet, iure possessionis causam mutasse intelligitur. Et hoc est quod Marcellus monet, *in l. 19. §. 1. ff. de acquir. poss. Quod scriptum est*, inquiens, *apud veteres, neminem sibi causam possessionis mutare posse, credibile est de eo cogitatum, qui & corpore & animo possessioni incumbens hoc solum statuit vt ex alia causa id possideret: Non si quis dimissa possessione prima eiusdem rei denuo ex alia causa nancisci velit.*

Cæterum prædicta regula ad causam naturalis possessionis etiam referri debet; ita vt nec naturalis possessionis causam quisquam sibi mutare valeat. Ita quippe ICtus *in l. 2. §. quod vulgo ff. pro herede* scribit: *Quod vulgo respondetur causam possessionis neminem sibi mutare posse sic accipiendum est, vt possessio non solum ciuilis, sed etiam naturalis intelligatur*: veluti colonus & commodatarius possident naturaliter *l. communi. §. Neque ff. comm. diuid. d. l. 2.* quod si igitur statuerit se possidere pro herede possessionis causam sibi non mutant & ideo non vsucapiunt *d. l. 2. § quod vulgo.*

Possessionem porro non solum ex vna, sed etiam ex pluribus simul causis nos acquirere posse traditum est *in l. 3. §. 4 ff de acquir poss* quo in loco ita Paulus: *Ex pluribus causis possidere eandem rem possumus, & quidem putant & eum, qui vsucep. rit, & pro emptore & pro suo possidere. Sic enim etsi ei qui pro emptore possidebat, heres sim, eandem rem & pro emptore & pro herede possideo: Nec enim, sicut dominium non potest, nisi ex vna causa, contingere, ita & possidere ex vna duntaxat causa possumus.* Lit. F. Quæ. 14. *An & quare ex pluribus causis possessio possit acquiri?*

Hoc idem confirmatur quoque *l. 1. ff. pro suo.* verbi causa, en i domum à Titio, putans eum esse dominum & proinde post traditionem me factum esse dominum: Hanc domum non ex vna saltem, sed ex duabus causis possideo: pro emptore, quia emi: pro suo, quia putabam iam esse meam, vt à domino mihi traditam. Sic emi domum à non domino eamque moriens relinquo heredi, hoc casu heres eam possidens, possidet & pro emptore, quia defunctus emit, cui successit & pro herede.

Cur autem possessio ex pluribus causis acquiri queat, possessio vero non item, ratio non vna nec eadem ab omnibus adferri solet.

Primo enim Iohannes Ramus in œconom. *reg. iuris ad l.* Non vt ex pluribus hanc rationem adducit, quod dominium sit velut substantia rei: possessio velut superficies eius, obligatio velut accidens: Substantia autem vnius rei sit tantum vna cum sint multa accidentia. Sed ratio hæc imbecillis est: Nam sic ex vna duntaxat causa posset acquiri possessio, quia superficies rei, cui possessio comparatur, vna tantum est cuiusque rei.

Et

Et huiusmodi comparationem rerum naturalium cum nostris ciuilibus aliquid interdum prodesse, sed plerumque esse alieniorem, nec satis rem declarare, ait Giphanius *in d. l. 3. §. 4.*

Ipse proinde Giphanius hanc rationem reddit quod dominium sit ius rei, possessio vero non ita sit ius seu affectio rei, cum magis ex persona pendeat, quam ex re; quoniam propter iura rei datur actio in rem: propter possessionem autem dantur interdicta, id est actiones in personam non in rem. *l. in eadem vlt. ff. de except. rei iudic. l. 2. in fine ff. de interdict. §. 1. & 2. I. eod.* Cur autem possessio magis ex persona pendeat, causa hæc adducitur quia in possessione maxime spectatur detentio, siue comprehensio, quæ est corporis & animi: Vnde & possessio non acquiritur nisi veræ personæ cum dominium acquiratur etiam furioso & infanti, ignorantibus & inuitis. Cum igitur possessio non afficiat rem ipsam, sed sit detentatio quædam personalis, & persona possit modo hunc, modo illum titulum spectare & cogitare animumq; suum ita distrahere, videtur non incommode dici posse, ex pluribus causis possessionem obuenire.

Franciscus Duarenus *in d. §. 4.* Ideo, ait, ex pluribus possessionem acquiri, quia visa fuerit vtilitas hoc requirere, quo nempe ex pluribus causis res possessa facile possit acquiri, & possidendo eo facilius perueniri queat ad acquisitionem dominii *l. 1. ff. de acquir. poss.* vt si ex vna causa possessio fuerit interrupta, ex alia causa nihilominus vsucapio procedere posset. Deinde possessio comparata est propter dominium *d. l. 1.* & est veluti cursus ad dominium, quod se ad possessionem habet veluti meta in stadio: Atqui dominium non est propter aliud ac proinde sufficit vna ex causa illud acquisitum esse, eoq; acquisito, nihil amplius requirere possumus.

Ei porro quod dictum est, possessionem ex pluribus causis nobis acquiri posse refragari videtur textus *in l. 4. C. de contrahend. empt.* vbi dicitur titulum possessionis non posse duplicari.

Resp. enim Giphan. *in d. l. 4.* verbum possessionis pro dominio positum esse, quia *in l. 7. ff. de contrahend. empt.* dicitur dominium duplicari quod *in d. l. 4.* possessionem duplicari: Nec enim infrequens est vt possessionis verbum proprietatē denotet *l. interdum. ff. de verb. sign.*

Hugo Donell *in comm. ad d. l. 4.* etsi in ea *l. 4.* possessionis nomen proprie acciperetur, verissimum tamen esse quod ibi dicitur Lucianum in casu proposito non potuisse sibi duplicare titulum possessionis; quoniam cum emptio fuerit nulla, fieri non potuerit vt sibi ex emptione titulum possessionis sibi applicaret & duplicaret: Et ideo in h. l. obstate dicit quod eadem res ex pluribus causis possideri possit: hoc enim tunc demum procedere, quando reuera sunt plures causæ possidendi: in specie autem *in d. l. 4.* proposita plures causas non potuisse esse præter vnicam, nempe donationem; quia emptio postea secuta perinde sit, quasi secuta non esset, cum ipso iure nulla sit.

Non obstat insuper *l. 2. in fine ff. pro emptore.* vbi ei qui rem alienam emit postea donatur ipsi eadem res à domino.

Ex emptione enim non erat dominus qui emerat à non domino; ideoque dominium ibi non ex duabus causis, emptionis, sed ex vna tantum donationis causa acquiritur.

Ex iusta præcedente causa, siue illa simplex fuerit, possessio acquiritur, sed ita si coniunctim & animus & corpus concurrant. Ita Paulus *in l. 3. §. 1. ff. de acquir. poss.* Et adipiscimur possessionem corpore & animo, neq; per se animo, aut per se corpore. Et *in §. Neratius 3. eiusd. l.* dicitur: Neratium & Proculum solo animo non *Lit. F. Quær. 15. An possessio solo animo acquiratur?*

CCC

non posse nos acquirere possessionem si non antecedat naturalis possessio statuisse. Et *in §. In amittenda 6.* dicitur expresse solo animo possessionem acquiri non posse. Et *in l. 153. de Reg. Iur.* Paulus scribit: vt nulla possessio acquiri nisi animo & corpore potest: Ita nullam amitti nisi in qua vtrumq; in contrarium sit actum. Ratio a. cur vtrumq; ad acquirendam possessionem sit necessariū, hæc adduci solet, quia possessio est occupatio siue apprehensio quædā aut detētio: Ad occupationē a. requiratur & corpus & animus, siue affectio. Quod ad corpus attinet, necesse est vt vel manibus res mobilis, vel pedibus res soli occupetur.

Nona. prædictæ assertioni quicquā obstat *l. 1. § si iusserint. ff. de acq. possess.* Nam ibi possessio acquiri dicitur quādo res, q̃ mihi aliquis traditurus est, in conspectū meum ponitur, etsi eam corpore meo non contingam, solo aspectu acquiritur.

Etenim bene respondet Duar. *ad d. l. 3. §. 1.* in casu isto possessionē nō acquiri sine sensu & cōsensu corporeo, cum aspectꝰ sit sensus corporeus; & ideo hic quoque corpore possessionem rectè dici acquisitam. Consimiliter non obstat *l. quarundam 51. ff. de acquir. poss.* vbi dicitur possessio acquiri cum quis rei custodem ponit.

℞ Nam & hic actus quidam corporalis interuenit non quidē eius, cui possessio acquiritur, sed custodis rem apprehendentis: apprehensio, inquam, interuenit alieno corpore facta: Nec precise requiritur corporalis apprehēsio illius, cui acquirenda possessio est, sed sufficit alterius alicuius apprehensionē intercedere: Et quidem corpore possessio, sed corpore tam alieno, q̃ nostro, vt suo loco vlterius dicetur. Insuper nō resistit ꝙ si quis donauerit mihi rem aliq̃, retēto vsufructu, retentione ista vsusfructꝰ in me transferatur possessio rei donatæ, cū tamē nulla corporalis apprehensio mea ex parte interueniat. *l. quoquis 28. C. de don.* ℞ Giphan. traditionē eiusmodi rationi iuris nō esse satis consentaneam & nouis legibus introductam. Deinde ait possessionem isto casu non omnino sine actu corporis transferri; quia vsufructuarius vtiq; corporaliter rē possideat & ideo proprietariū possessionem corpore fructuarii acquirere. Idē quoq; sentire videtur Duar. *d. loco.* Rursus non refragatur *l. clauib. ff. de contrah. empt.* vbi si quis mihi vendiderit frumentum ꝙ in horreo est, & mihi tradiderit claues eius horrei, clauibus traditis transfertur possessio, licet frumentū plane non aspexerim. ℞ Sed huc quoq; interuenit actꝰ aliquis corporeus traditio videlicet clauium: quæ sint corporale signum; quo mediante rei ipsius possessionē corpore acquiri, mox dicetur. Adhæc opponi solet *l. 1. C. de don.* vbi dicitur, si quis vendiderit rē aliq̃ & tradiderit instrumentū emptionis qua eam rē acquisierat ab alio, possessionē transferri, etsi nulla corporalis apprehensio interuenerit. Sed Duar. respondet receptū hoc esse vtilitatis causa, vtilitatē hominum exigere vt paulo benignius hæc, quæ de possessione transferenda dicantur interpretarentur.

Giphanius ait instrumentū, ꝙ traditur, esse loco rei; cū eius rei ius in instrumēto cōprehendatur: At supra dictū fuit sufficere ad possessionē transferendā quod signū aliquod, loco rei, sit traditum. Dici proinde nō potest quod solo animo & non etiā corpore possessio fuerit in casu nostro acquisita. Non resistit porro nostræ assertioni *l. si adoptauero 16. ff. de precario.* vbi is, qui possidentem precario arrogat, ipsa arrogatione possessionē quoque acquirit. Atqui non interuenit actus aliquis incorporeus.

℞ In-

℞ In casu præsenti possessioné quidem acquirere patré arrogatoré suo animo, sed corpore arrogati, nó tantú earú rerú, quas precario, sed etiá quas veris titulis iuste possidet arrogatus, quia omnia trá-seút in arrogatoré; iura quidem sine dubio, vt dominiú, possessio vero ita si animus ad sit possidédi tam in filio, quam in patre *l. penult. §. 1. ff. de bonor. poss. secund. tab.*

Pari modo ad ré nó facit *l. Raptores. 53. versic. sin auté in verb. Et plená possessioné. C. de Episcop. & Clericis.* Nó enim ibi possessio dicitur acquiri solo animo & sine actu & signo aliquo corporali. Sed bonorú eius, qui virginé sacrá rapuit, vsusfructus quidé ipsi virgini proprietas vero & possessio Ecclesiæ aut monasterio attribuitur & cófirmatur, ꝙ de titulo tantú accipi debet: Nempe vt Ecclesiæ huius possessionis ius, tú titulú habeat, puta ex authoritate legis vt iustus est titulus ex authoritate prætoris *l. 11. ff. de acq. poss.* De modo acquirendæ possessionis ibi nullo verbo agitur.

Non magis pertinenter & accommodate huc adducitur exemplum alluuionis quia in ea perspicuus est actus corporalis, cú quid paulatim accedit agro, qué possideo corporaliter totú: Nó enim est opus semper omnes glebas circumambulare *d. l. 3. §. 1.*

His igitur obstaculis ordine remotis, relinquitur quod possessio coniunctim animo & corpore acquiratur, nec ad eam acquirendam solus animus vel solum corpus requiratur.

Quæst. 16. *An possessio rerum hereditariarum in possessionem ipso iure continuetur?*

Hinc deduci putat noster Author; possessionem rerum hereditariarum in heredes, etiá si sui sint, ipso iure non continuari, quoniá nó solú animus sed factú etiá hominis, corporalis videlicet apprehésio ad possessioné acquirendá desideratur. Quocirca nisi animo & corpore res hereditari as apprehendat heres possessio ipsi nó acquiretur. Id ꝙ de extraneo herede facile largiuntur omnes: De suo auté herede nónulla est dubitatio nec desunt qui in ipsum iure ipso, sine vllo ipsius facto possessioné cótinuari & deriuari statuant. Mouentur autem hisce circiter rationibus.

1. Hereditas, inquiunt, est successio in vniuersum ius, quod habuit defunctus *l. hereditas. ff. de Reg. Iur.* Et heres est successor in ius vniuersum ꝙ defunctus habuit. *l. heres in omne. ff. de acq. heredit.* Iá vero possessio & commodú possidédi ius est *l. 1. ré ff. de acq. rer. dom.* in possessioné proinde succedet heres defuncto nó minus atque in cætera defuncti bona, & cósequenter noua ipsius apprehensione possessionisq; acquisitione opus nó erit. 2. Ad quod accedit quod vsucapionis tépus dicitur coniungi cum tépore heredis, ita vt cótinuatio possessionis fiat *§. diutina. I. de vsucap. l. cum heres. ff. de acq. poss.* 3. Quin etiam satis aperte sententiá hanc confirmare videtur Paulus *in l. cum miles. versic. quia ff. ex quibus caus. maior.* vbi dicitur, possessionem defuncti quasi iunctum in heredes descendere.

4. Eodemque facere videtur *l. 2. § vlt. ff. pro herede.* in qua Iuris Consultus Iulianus scribit; penes filium esse naturalem possessionem rei à patre ei donatæ, etiá viuo patre, cui consequens est quod possessio ipso iure in suos heredes transferatur.

Idemque & hoc comprobare videtur quod pater & filius vna eademque persona censentur *§. Alteri. I. de inutil. stipulat. l. fin. C. de impul. & ab substit.* vnde dicendum videtur quod ad possessionem, quæ penes patrem fuit, filio acquirendam, non sit opus noua apprehensione sed ea ipso iure à patre ad filium transferatur.

6. Postremo cú liberi, viuis etiam parentibus domini sint paternorum bonorum, *§. sui autem. I. de hered. qualit.* & dif

ICtus arguunt tituli *de verbor. obligationibus*, & *de Fideiussoribus*; constat quippe quod verborum obligationis, vt & Fideiussoris vnicum duntaxat sit genus, nullæ vero species diuersæ. Sic etiam quod numerus singularis, quo in rubrica vtuntur iuris compilatores, non semper arguat genus esse vnicum, species vero diuersas nullas, euidentissime euincunt tituli *de Iustitia & iure*, itemque *de capitis diminutione*.

Relinquitur proinde hisce obstaculis remotis, quod possessionis duæ sint species: Naturalis & ciuilis.

Quæst. 8. *An possessio naturalis, ciuili opposita semper sit iniusta?*

Sed & illud porro in disceptationē venit, vtrumne possessio naturalis, quatenus ciuili opponitur semper sit iniusta? Ita quidem vulgus interpretum, quibus & Treutlerus noster subscribit, opinatur; Cæterum sententia hæc displicet Vulteio, ad *pr. l. de interdict. nu. 11. & seq.* vbi ait, non omnem possessionem naturalem esse iniustam, sed illam tantum, quæ habetur vi, clam aut precario: Quam etiam sententiam suam comprobat Vulteius isthac ratione quod creditor pignus possideat naturaliter *l. cum & sortis 35. in fine. Digest. de pign. act. l. seruis nomine. 16. Digest. de vsucap. l. per seruum. 37. pr. Digest. de acquir. dom. l. 1. §. per seruum. Digest. de acquir. poss.* Et tamen iuste possideat *l. si seruus depositus. 21. §. 1. de Noxal act. l. quacunque 13. § 1. Digest. de public. in rem act.* quando quidem iuris authoritate & voluntate debitoris possidet creditor ad omnes causas *d. l. seruis nomine 16.* excepta sola causa vsucapionis.

2. Eandem sententiam confirmat quoque *l. Nemo 10. Cod. de acquir. & retinend. poss.* vti Constantinus Imperator possessionem illam, quæ corpore consistit, quæ proculdubio naturalis est, legitimam esse dicit: verba eius hæc sunt: *Nemo ambigit possessionis duplicem esse rationem, aliam, quæ iure consistit, & aliam quæ corpore, vtramque autem ita demum esse legitimam cum omnium aduersariorum silentio & taciturnitate firmatur &c.*

Leges porro illæ, quas pro contraria opinione Author noster allegat, nihil quicquam probant vel ad rem faciunt: Nam etsi *in l. 3. §. Ex contrario Digest. de acquir. vel amittend. poss.* mentio fit possessionis iustæ & iniustæ: Non tamen exinde colligere licet, quod per iniustam possessionem intelligatur naturalis possessio, per possessionem vero iustam, possessio ciuilis, contrarium quippe postea demonstrabitur.

Sic etiam *l. 22. Digest. eod. tit.* nihil habet, quo euinci queat, possessionem naturalem esse iniustam: Hoc solum ibidem asseritur eum qui sic nactus est possessionem, vt eam quamprimum restituere cogatur, pro eo haberi, ac si possessionem nactus non fuisset; hoc autem quid ad rem pertineat satis non animaduerto.

Pari modo impertinenter plane allegatur *l. 2. & 3. de precario.*

Nihil enim habent vel de naturali, vel de iniusta possessione: Et quanquam possessio precarii, quæ naturalis est, illic iniusta diceretur, non tamen exinde inferre liceret, quod omnis possessio naturalis sit iniusta: argumentum quippe hoc à specie ad genus non concludit.

Postremo *in l. 2. & 3. Digest. vti possidet.* fit quidem iustæ & iniustæ possessionis mentio, sed vnde probabitur per iustam ciuilem duntaxat, per iniustam naturalem possessionem?

Nihil proinde est quod suadeat naturalem possessionem semper esse iniustam; ciuilem vero possessionem solam esse iustam.

Naturalem & ciuilem possessione specie esse diuersas demonstratum est; sed vtrum concurrant in eodem possessore, dubio non omnino caret. Mihi tamen

Lit. G. Quæst. 9. *An in eodem possess-*

fore concurrant naturalis & ciuilis possessio tamen ad veritatem propius accedere videtur negatiua sententia.

Nam si verum est, quod verissimum esse ostendi, ciuilem & naturalem possessiones specie esse diuersas adeoque sibi inuicem oppositas, sequitur quod in eodem, ratione eiusdem, eodemque respectu concurrere nequeant; Natura siquidem hæc est oppositorum, vt de eodem non possint eodem respectu prædicari. Quocirca fieri nunquam poterit, vt idem rem eandem simul naturaliter & ciuiliter possideat. Id quod eo minus dicendum, stante Authoris nostri hypothesi, quod scilicet naturalis possessio sit iniusta, ciuilis vero iusta: Qui enim, obsecro, fieri posset, vt quis eandem rem iuste simul & iniuste possideat. Fabulam proinde mihi narrare videntur, qui concursum naturalis & ciuilis possessionis fingunt. Illud equidem inficias ire non possum ciuilem ac naturalem possessionem sic concurrere interdum, vt à diuersis res eadem possideatur ciuiliter & naturaliter, ab vno, inquam, ciuiliter, ab altero naturaliter: Hoc enim *l. 3. Digest. vti possidet.* clare ostendit. Verum hic proprie concursus dici non potest, & nos suo loco polixius ostendemus absurdum non esse rem eandem à diuersis possideri simul ciuiliter & naturaliter.

Exponendum hoc loco est quid sit naturalis & quid ciuilis possessio: Duarenus *lib. 1. disput. anniuers. c. 18.* Donell. *5. comm. 6.* Naturalem possessionem definiunt eam, qua quis corpore rei incumbit: quæque clandestina est, aut violenta, aut alias iniusta. Ciuilem vero qua quis corpore quidem insistit rei, sed ex iusta causa.

Mihi placet ciuilem possessionem eam appellare, qua quis rem tenet animo & affectu sibi iure domini habendi: Naturalem vero possessionem qua quis rem possidet animo & affectione rem sibi habendi sed alia, quam dominii affectione Iohannes Borcholt. *tr. de acquir. possess. c. 2. diuis. 2.* Vnde liquet vtramque possessionem non solum corpore sed & animo consistere.

Nec huic obstat *l. Nemo 10. Cod. de acquir. & retinend. poss.* vbi Imperator mentionem facit possessionis quæ corpore consistit. Vnde videtur dicendum, quod possessio naturalis solo fiat corpore, non etiam animo.

Etenim respondent quidam possessionem istam corporalem esse diuersam à possessione naturali; quam tamen opinionem refellit hic Author noster ex hoc fundamento, quod possessio corporalis sub naturali comprehendatur: Verum vtrumque horum erroneum est, nec id intendit *d. l. Nemo. 10.* In ea quippe sermo est Imperatori de possessione duntaxat ciuili; Idque exinde colligitur quod loquitur de interpellatione, quæ proprie ad vsucapionem refertur: vsucapio autem ex ciuili tantum, non etiam ex naturali possessione sequitur, *l. 2. §. quod vulgo. Digest. pro herede l. sine 25. Digest. de vsurpat. & vsucap.* ad vtramque autem possessionem *in d. l. Nemo.* propositam refertur interpellatio; vtraque igitur erit ciuilis. Sic igitur intelligenda est *d. l. Nemo,* quod possessio ciuilis ea consistat animo, qua quis rem qua excessit, possidet duntaxat animo: corpore autem illa consistere dicatur, qua quis rei adhuc inhæret, nec ab eo recessit non quod solo corpore consistat, sed ad differentiam alterius illius, quæ animo duntaxat consistit.

RESO-

RESOLVTIO THESIS Secundæ.

Quæ. 10. *An res sacræ religiosæ & homines liberi possideri queant?*

Expositâ definitione possessionis, sequitur vt de rebus, quæ possidentur, differamus. Et quidem res duntaxat corporales possideri, incorporales vero non item, dictum fuit supra sub *thesi 1. lit. D.* Sunt tamen res nonnullæ corporales quæ nec ipsæ possideri possunt: Et tales sunt res sacræ & religiosæ, de quibus, est textus expressus *in l. qui vniuersas 30. §. 1. ff. de acquir. poss.* quo in loco ICtus ita scribit: Possessionem amittimus multis modis, veluti si mortuum in eum locum intulimus, quem possidebamus. Namque locum religiosum aut sacrum nō possumus possidere, etsi contemnamus religionem & pro priuato eum teneamus, sicut hominem liberum.

Nec obstat huic q̃ de loco sacro & religioso, vt puta de sacellis & sepulchris itemque de liberis & de libero homine exhibendo interdicta competunt *l. 2. §. quædam interdicta ff. de interdict. tot. tit. ff. de hom. liber. exhibend.* Omnia vero interdicta sint de possessione nec aliarũ, quam possessarum nomine competant *pr. I. de interdict.* obseruandum quippe est Iustinianum Imperatorem eo in pr. non absolute nec simpliciter dicere quod interdicta de possessione dentur, sed adiicere, vel *quasi possessione.* Quocirca ex proposito argumento hoc duntaxat sequitur, locum sacrum & religiosum proprie quidem non possideri, quasi tamen & improprie possideri. Pari modo de liberis nostris homineque libero dantur interdicta non quia eos vere possidemus, sed quia quasi duntaxat & impropie possidemus Borcholt. *tr. de acquir. vel amitt. poss. c. 5.*

Rursus ei, quod dictum est, liberum hominem hominem non possideri obstare videtur *l. 4. ff. de acquir. possess.* vbi proponitur filiumfam. quem liberum esse oportet, *§. 1. & §. 3. I. quib. mod. ius patr. pot. solu.* possideri.

Sed recte respondetur ibi filiumfam. possideri vt seruum; sic homines liberos bona fide pro seruis possideri, ipse Iustinianus proponit *in §. 4. I. per quas person. nob. acquir.*

E rebus corporalibus mobiles possideri certum & indubitatum est, de immobilibus saltem, vtrum vere possideantur, quædam disputatio est. Lit. B.

Equidem res corporales possideri generaliter traditum est *in l. 3. pr. ff. de acquir. poss.* immobiles vero res maxime esse corporales, expeditum est.

Deinde cui competit notatio, eidem quoque videtur competere notatum, prout vulgaris habet Dialecticorum maxima, Atqui possessionis notationem supra traditam, quà à pedum positione deducebatur, rebus immobilibus exacte conuenit. Sequitur proinde possessionem quoque esse rerum immobilium.

Et hanc sententiam porro confirmant *l. 40. l. 48. & l. 37. ff. de acquir. poss.* quibus in locis proponitur fundus possideri.

Ad rerum porro immobilium possessionem acquirendam sufficit partem quamlibet fundi introire, nec necessarium est vt qui possidere fundum velit omnes glebas circumambulet, dummodo ea sit mente & cogitatione quod totum fundum vsque ad terminum velit possidere, vt est textus expressus *in l. 3. §. 1. Digest. de acquir. possess.* Borcholt. *d. tractat. de acquir. poss. c. 3.*

Quin etsi plures sint res immobiles, modo sub vna reliquæ contineantur, sufficit vnam illam principalem introitam esse. Iohannes Borcholt. *d. c. 3 n. 13.* vbi allegat Aluarottum *in cap. vnic. n 7. versic. quæro ab, extra, qua sit inuestitur.* Bartol.

Bartol. *in l. possideri n. 1. de acquir. poss.* Vdalricus Zasius *lib. 1. consil.* 10. *num. 6.* Mynsing. *cent. 3. obseruat. 39.* Hinc in emptione prædii vel castri alicuius omnia apprehensa censentur, omnes pertinentiæ, quæ ad castrum vel prædium istud pertinent castri vel prædii apprehensione facta per textum *in l. 1. §. veteres & l. prædia. ff. de acquir. poss.* Andr. Gail. *2. obseruat practic. 129. num.* 7.

Possideri porro possunt res duntaxat certæ, incertæ vero possideri nequeunt: ita traditum est *in l. 3. §. 2. ff. de acquir. poss.* Vbi Paulus ait: *Inceptam partem rei possidere nemo potest, veluti si hac mente sis, vt quicquid Ti ius possidet, tu quoque velis possidere.* Cui consonat quod *in l. 26. ff. eod. tit.* Pomponius scribit; certam partem possideri posse; incertam vero partem nec tradi, nec capi posse.

Et ratio huius nemini potest esse obscura: Ad possessionem quippe requiritur non tantum corporalis apprehensio, sed animus etiam est scientia *l. 1. §. 1. & §. 3. ff. hoc tit.* At res seu pars, quæ incerta est, ignoratur, quæ & quanta sit. Hubert. Gipban. *ad l. 3, num. 33. Digest. de acquir. poss.*

Sed huic tamen obstare videtur hoc argumentum, quod quicquid vindicatur, id quoque possideatur; cum in rei vindicatione duo, requirantur, ex parte agentis quidem dominium *l. 23. pr ff. de Rei vindicat.* ex parte vero rei-conuenti possessio *l. qui petitorio ff. eod.* Iam vero pars incerta vindicatur, per textus *in l. 3. §. 1. l. qua tota 76. §. 1. Digest. de Rei vindicat.*

Sic etiam eidem sententiæ refragari videtur quod pars pro indiuiso possideri potest *d. l. 26.* Atqui pars pro indiuiso est pars incerta: qui enim partem fundi Tusculani pro indiuiso, is dicere non potest hanc vel illam partem Tusculani se possidere.

Sed hæc non admodum magni sunt momenti: Ad prius enim argumentum respondet Hubert. Giphanius prædict. loco partem duplici modo dici incertam: primo cum ignoretur quænam & quota sit, puta, tertia, dimidia vel quarta: secundo; cum scitur quidem quota sit sed tamen pars illa indiuisa est, vt nec cerni, nec tangi possit: Et de posteriori hac parte incerta verum est quod vindicetur; item quod possideatur *d. l. 26.* Non autem de priori incerta parte.

Sed tamen ad priorem obiectionem etiam hoc modo respondet Borcholt. *d. c. 5. num. 9 & 10. 11*, quod vindicatur regulariter debere esse certum, cum actoris sit rem, quam petit, designare & dicere vtrum totam, an partem & quotam petat *l. 6. ff. de Rei vindicat.* Sed interdum solum etiam incertæ partis vindicationem esse quando videlicet huius iusta & idonea causa interuenit *l. qua de tota Digest. de Rei vindicat. l. 1. §. fin. ff si pars hered. pet.* Vt si res legata sit, eamque lex falcidia interueniens minuat, incertum tamen sit, pro quanam parte minuat, tunc datur legatario vindicatio incertæ partis, hoc modo, *quanti paret in ea re iure legati meum esse.* Hic autem dari partis vindicationem æquum est ne legatarius incidat in pœnam plus petentium. Ex eo autem quod legatarius in modo adducto casu partem incertam vindicat, non sequitur incertam quoque partem possideri; cum alius sit qui vindicat, alius vero qui rem, quæ vindicatur possidet. Qui vindicat rem legatam, quam ex lege Falcidia minuit, rem incertam vindicat: At heres, qui possidet rem legatam & à quo res vindicatur, rem incertam non possidet, sed possidet totam rem legatam.

Nondum sufficit rem esse certam vt possideri possit, sed amplius adhuc requiritur vt vacua sit ab alio possessore, quoniam duo eundem rem in solidum possi- Quæ. 12. *An ad acquirendam possessionem*

vtrum necessarium sit vacuam esse possessionem?

possidere nequeunt per textum *in l. 3. §. Ex contrario. 5. ff. de acquir. vel amit. possess.* Quod indubitare verum est de possessione eiusdem generis; hæc enim penes duos simul & in solidum esse nō potest; Nec enim duo eandem rem simul possunt possidere ciuiliter & naturaliter: Sed hoc dubio non caret vtrumne duo in solidum eandem rem diuerso possessionis genere possidere valeant; sic vt vnus possideat ciuiliter & alter possideat naturaliter?

Et porro Negatiua, quæ fere communi Dd. calculo recepta & comprobata est, hæc sequentia argumenta facere videntur.

1. Textus expressus est *in l. 3. §. Ex contrario. 5. Digest. de acquir. poss.* quo in loco ICtus Paulus ita scribit: *Ex contrario plures eandem rem in solidum possidere non possunt: Contra naturam quippe est vt cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris: Sabinus tamen scribit, eum qui precario dederit & ipsum possidere, & eum, qui precario acceperit: Idem Trebatius probabat existimans, posse alium iuste alium iniuste possidere: Duos iniuste vel duos iuste non posse, quem Labeo reprehendit. quoniam in summa possessionis non multum interest iuste quis, an iniuste possideat, quod & verius. Non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam vt tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto, vel in quo ego sedeo tu sedere videaris.* Ecce his verbis non solum regula traditur quod duo in solidum eandem rem possidere non possint, sed etiam regula ista argumentis à Paulo confirmatur.

2. Pauli quippe primum argumentum hoc est: possessio nihil aliud est quam detentio: Atqui per rerum naturam fieri non potest vt cum ego aliquid detineo in solidum, tu quoque id detineas: Igitur etiam natura non admittit vt duo vnam eandemque rem in solidum possideant.

3. Secundum Pauli argumentum istiusmodi est: Is possidet fundum, qui ea mente stat in fundo vt totum fundum vsque ad terminum velit possidere, quamuis non omnes glebas circum ambulet *l. 3 §. 1 ff. hoc tit.* In eo autem loco, in quo tu stas ego simul stare non possum: Nec in eo loco in quo ego sedeo, tu simul sedere potest: Hoc quippe natura non patitur: Ergo per naturam eadem possessio apud duos esse non potest.

4. Tertium argumentum Pauli est tale: Possessio appellatur à sedibus, quasi positio *l. 1. Digest. de acq. poss.* At in quo loco ego sedeo, tu sedere non potes. Ergo etiam natura non admittit vt eandem rem duo in solidum possideant.

Et hanc opinionem defendunt nobilissimi quique legum interpp. & ex illis Hugo Donell. *lib. 5. comm. 8.* Francisc. Connan. *lib. 3. comm. c.* 10. Iacob. Cuiac. *9. obseruat. 30. & 17. obs. 2. & ad d. l. 3. §. 5.* Iohannes Borcholt. *in d. tractat. de acquir. poss. c. 6. num. 18. & sequent.* Cæterum pro contraria opinione, quam propugnat Hermannus Vulteius ad *pr. l. de interdict. n. 13.* Hubert. Giphanius, Francisc. Duarenus & Æmyl. Ferret. *ad d. l. 3. §. Ex contrario. 5.* fortiora videntur militare argumenta.

1. Et primo quidem firmissimum eius sententiæ fundamentum est *in l. 3. ff. vti possidetis.* vbi diserte cōfirmatur quod duo in solidum eandem rem possidere queant: verba leg. s hæc sunt: *Si duo possideant in solidum videamus, quid sit dicendum, quod qualiter procedat, tractemus: Si quis proponeret possessionem iustam & iniustam: Ego possideo ex iusta causa, tu vi aut clam. Si à me possides, superior sum interdicto, si vero non à me, neuter nostrum vincet: Nam & tu possides, & ego.*

Equidem Iohannes Borcholdus *d. c.*

5. hoc

5. hoc fundamentum longe validissimum ita subuertere conatur vt dicat Vlpianum hic vti hisce verbis, *si quis proponeret*. Hæc verba ait diligenter esse notanda, quia ex iis intelligatur Vlpianum nequaquam velle duos simul possidere posse, sed illum tantum hoc proponere ex Sabino, qui ita statuerit, duos in solidum possidere. Totum itaque quod Vlpianus *in d. l. 3.* proponit ex sententia Sabini esse, cuius tamen sententiam Proculiani non probarint nec ipse etiam Vlpianus, vti ex *d. l. 3. §. Ex contrario.* appareat.

Veruntamen si verba textus probe ponderentur longe aliud exinde relucebit: proponit quippe statim ab initio ICtus sibi diiudicandam quæstionem de duobus in solidum possidentibus: Si duo, inquit, possideant in solidum, videamus quid sit dicendum, quod qualiter procedat, tractemus. Quibus verbis satis euidenter euincitur quod Vlpianus non alterius, Sabini videlicet, prout Borcholdus opinatur, sententiã, sed suam opinionem referat; Id quod verba etiam subsequentia, quæ non sunt narratiua, sed decisiua satis superque euincunt. Et ad quid, obsecro referret Vlpianus Sabini sententiam, si illam nec approbaret, nec reprobaret? Maxime cum sibi de proposita quæstione sumat Vlpianus.

Sunt, qui dicant Vlpianum & Paulum in hac controuersia olim ab inuicẽ dissensisse: Et Paulum quidem duos in solidum diuerso modo eandem rem simul possidere non posse, statuisse *in d. l. 3. § Ex contrario.* contra vero Vlpianum *in d. l. 3. Digest. vti possidet.* possessionem eiusdem rei simul in solidum apud duos esse posse, affirmasse: Hancque contradictionem & ICtorum dissensionem in ius nostrum relatam fuisse.

Sed nec hæc sententia admitti potest 1. Quia in mera coniectura & diuinatione consistit, nec vllo solido fundamento nititur. 2. Quia sic aperta & inconciliabilis antinomia extaret in pandectis nostris, contra quam Iustinianus *in l. 2. Cod. de iure vet. enucl.* profitetur. 3. Quia compilatores iuris, si quidem scientes huiusmodi contrarietatem pandectis inseruissent, nulla prorsus ratione excusari possent, eo quod contra expressum Iustiniani mandatum, quod fuit vt è pandectis tollerentur antinomiæ, fecissent: At ipsos imprudentes idipsum fecisse credibile plane non est, cum iam ante ipsorum tempora præsens controuersia ad nodum fuerit celebris, prout ex discursu Pauli *in d. l. 3. §. Ex contrario.* satis abundeque liquet. 4. Quia Iustinianus *in d. l. 2. Cod. de iure vet enucl.* monet omnia, quæcunque corpori iuris suo iussu sint inserta ex sua persona non vero ex persona illorum, quorum nomina singulis legibus superinscripta sunt, intelligi oportere: Sicut proinde Iustinianus non vult sibimetipsi esse contrarius; ita quoque leges sic accipi non debent ex Authorum sententia vt vllam sapiant dissonantiam vel contrarietatem.

Hoc ipsum, cum animaduerteret quoque Giphanius alio modo ad *d. l. 3.* respondendum putat. Ait autem *d. l. 3.* restringendam esse ad titulum, sub quo ponitur, nempe ad interdictum vti possidetis, vt nimirum vterque possidebat non simpliciter, sed respectu eius interdicti: id, quod putat indicari verbis, *si à me possides*, item verb. finalibus: *Nam & tu possides & ego.* Hoc enim interdictum dari possidenti & eius ratione ac respectu tam ei, qui ex causa iusta quã qui ex causa iniusta possidet, adeo vt is, qui iuste possidet, sed deiectus est ab altero, habeatur pro possessore & deiicienti contra illum non prosit hoc interdictum, quamuis contrà alium prosit.

qua possederat corpore: penes dominum quia non discesserit animo possessione.

Et quanquam Hubertus Giphanius existimet ideo hanc legem ad rem non facere quia rogans & dans precarium possideant quidem, non tamen in solidum neque plene & perfecte vterque: propterea quod qui rogauit precarium etsi possideat, non tamen possessio ista ipsi ad dominium proficiat *l. quacunque. 13. §. 1. ff. de public. l. 2. §. inter pradones. ff. de comm. diuid.* Hæc tamen responsio fundamentum hoc solidissimum minime subuertit falsum quippe est vtrumque, rogantem, inquam, & dantem precarium non possidere in solidum. Quod enim ad dantem attinet, dicitur is retinere possessionem animo hominis illius qui precario datus proponitur: Iam vero habuit possessionem hominis non pro parte, sed in solidum: hanc proinde retinet post quam hominem istum precario concessit: Rogantem quoque in solidum eundem hominem possidere verba ipsi *d. l.* satis perspicue euincunt: dicitur enim hominem possidere, non partem hominis: Nec vllatenus dubitandum censeo, quia hæc responsio falsa sit & conficta atq; textui plane repugnet. Quod vero subiungitur rogantem non possidere perfecte nec plene, quia possessio ista non pertineat; id quidem largiri possem, nec sane hæc mea est sententia quod vterque in proposito casu ciuiliter possideat, sed hoc contendo precarium dantem possidere ciuiliter: rogantem vero duntaxat naturaliter: Hoc quippe solum in controuersia nūc est & probandum fuit quod duo in solidum eandem rem diuerso modo possidere valeant, vnus ciuiliter, alter naturaliter.

Nec audiendum arbitror Iohannem Borcholdum qui Pomponium *in d. l. Et habet. §. Eum qui.* dissensisse ait à Paulo *in d. l. 3. §. 5. ff. de acq. poss.* Nam huiusmodi interpretationem legum admittendam non esse, supra dilucide ostensum fuit.

6. Robur præterea opinioni nostræ non exiguum adfert *l. si id, quod 25. §. vltim. ff. de acquir. vel amitt. poss.* perspicue enim demonstrat duos eandem rem in solidum possidere, vnum ciuiliter atque animo, alterum naturaliter & corpore. Et nullum esse locum, quo magis perspicue probetur, à duobus eandem rem in solidum possideri posse, aperte profitetur Duarenus in loco supra citato. Verba eius hæc sunt: *Quod autem solo animo possidemus quæritur vtrumne vsq; eo possidemus donec alius corpore ingressus sit, vt potior sit illius corporalis possessio, an vero (quod quasi magis probatur) vsque eo possideamus, donec reuertentes nos aliquis repellat, aut nos ita destinamus animo possidere quod suspicemur repelli nos posse ab eo, qui ingressus fit in possessionem. Et videtur verius esse.* Ecce hic dicitur is, qui absente me, fundi mei possessionem ingressus est corporaliter possidere; Ego vero animo possessionē vsq; dum reuersus repulsus fuero, retinere.

Giphanius tamen in præcitato loco opinatur per istum textum sententiā nostram nō probari quia ille ingressus non possideat statim, sed tum demum quando me reuersum repulerit & ego animo possidere desiero.

Verum verba textus reclamant, vt quæ ingresso possessionem corporalem tribuant antequam reuersus fuero.

7. Stabilitur insuper nostra sententia & ista ratione, quod fructuarius possidet naturaliter *l. 12. ff. de acquir poss. l. 49. pr. eod. tit.* proprietarius vero ciuiliter. Itē quod creditor pignus possidet naturaliter *l. 35 ff. de pign. act. l. 16. ff. de vsuc. l. 37 pr. ff. de acq. dom.* debitor vero ciuiliter. *l qui pignoris ff. de acquir possess.* item quod commodās possidet rem commodatam ciuiliter. *l 8. ff. commodat.* cōmodatarius vero naturaliter *l. 2. §. quod vulgo ff pro herede.*

Et quanquam dissentientes statuant vsufructuarium, creditorem commodatariũ possidere impropriè propter textum *in l. 9. §. fin. ff. de Rei vindic.* sententia tamen hæc fallissima est, nec quicquam probat *d. §. fin.* qui per detentionem illic possessio naturalis, quæ magis in detentione corporali, quam ciuilis, consistit, intelligitur: per possessionem vero, quæ illic denegatur depositario commodatario &c. ciuilis possessio significatur.

Confirmata proinde hac nostra sententia quidnam ad contrariæ opinionis priori loco propositæ fundamenta respondendum sit, despiciendum erit.

Et quidem potissimum ac principale suæ opinionis fundamentũ cõstituunt *in d. l. 3. §. Ex contrario. 5.* Veruntamẽ si diligẽter & accurate consideretur, apparebit luce meridiana clarius eam ad præsens negotium nihil penitus pertinere: Loquitur enim de duobus eandem rem in solidum eodem modo eademque possessionis specie possidentibus, non vero de illis qui diuersimode rem eandem in solidum possident: Hoc, etsi negent dissentientes, euidenter tamen ex ratione Labeonis, quoad refellendum Trebatium vtitur, relucet: concepta enim hæc est de eadem possessione: Non magis enim, inquit Labeo, eadẽ possessio apud duos esse potest, q̃ vt stare videaris, &c. vnde colligitur ꝙ tota Trebatii & Labeonis disputatio ibi proposita, non fuerit de diuersa duorum possessione, sed de possessione eadem.

Nec ratio hæc eludi potest hoc modo ꝙ per possessionẽ illic intelligitur prædiũ, sicut sæpe prædia & res immobiles possessionis nomine insigniri solent; primo siquidem à propria & genuina significatione verbi in dubio nõ est recedendum *l. Non aliter. ff. de legat. 3.* Deinde non fuit controuersia de prædio quod possidetur, sed de prædii possessione: Vnde & ratio qua vsus est Labeo in ista disputatione non de prædio, sed de prædii possessione intelligi debet.

Neq; huic interpretationi nostræ obstat ꝙ Trebatius à Labeone in eo maxime fuerit reprehensus ꝙ statuit vnum posse iuste, alterũ iniuste possidere: possessio n. iusta sit ciuilis, iniusta vero naturalis, ac proinde hoc Labeo reprehenderit ꝙ eadẽ res à duob. possit diuersimode possideri, ab vno ciuiliter & ab altero naturaliter. Nititur quippe hæc obiectio falsa hypothesi, quam & supra refutauimus, ꝙ nempe possessio naturalis semper sit iniusta: ciuilis vero sola sit iusta: Hoc siquidẽ præsuppositum plusquam absurdum esse euincunt exempla creditoris rem pigneratam possidentis, commodatarii, depositarii & vsufructuarii, qui omnes naturaliter possident, vt supra fuit demonstratũ, & tamẽ iuste ac bona fide possident. Hæc proinde sententia fuit Trebatii, quam Labeo reprehendit, ꝙ possint duo in solidum possidere sic vt vterq; quidẽ possideat naturaliter, adeoque eadem possessionis specie, sed vnus iuste, alter iniuste: Reliqua tria argumenta, quæ dissentientes ex *d. l. 3. §. 5.* depromunt facili negotio dissolui queunt.

Nam per rerũ naturã fieri non potest vt quod tu insolidum detines, id ego eodem modo in solidum detineam: At per rerũ naturã fieri potest vt quod tu in solidum possides, id ego alio modo in solidum detinerẽ. Sic etiam rerum naturę repugnat vt vbi tu stas, ego etiam eodem modo stem, sed naturæ non refragatur vt vbi tu stas ego diuerso modo stem, tu animo, ego corpore, vel vice versa.

Relinquitur proinde quod duo insolidum eandem rem possidere possint diuerso possessionis genere, adeoque ad acquirendam possessionem non sit necessarium rem ab omni possessione esse vacuum, sed sufficere eam ab eiusdem generis possessione vacuum esse.

Ex variis porro causis possessionem

nobis

Lit. E. Quæ. 13. *An qui à prætore in possessionem est missus, iuste possideat?*

nobis acquiri, aperte profitetur ICtus *in l. 3. §. 21. ff. de acquir. possess.* vbi ait: *genera possessionum tot sunt, quot & causæ acquirendi eius, quod nostrum nō sit: Velut pro emptore, pro donato, pro legato, pro dote, pro herede pro noxæ dedito, pro suo, sicut in his, quæ terra marique, vel ex hostibus capimus, vel quæ ipsi, vt in rerum natura essent, fecimus. Et in summa magis vnum genus est possidendi, species infinita.* Quin etiam ex iniustis causis possessionem acquiri indubitatum est ac probat *l. 4. 5. & 6. ff. de acquir. poss.* Nec sane quod ad ipsam possessionem quicquam refert, iusta sit, an iniusta, ex iusta causa quæsita, an vero ex causa iniusta *l. 3. § 5. ff. de acquir. possess.*

Sed iuste tamē possidet, qui authore prætore possidet *l. 11. ff. de acquir. poss.* h. e. iustā ille censetur habere possessionem, qui ex decreto prætoris possessionem est nactus. Ratio autē hæc est ꝙ qui quid facit authore prætore, dolo careat, quia necessum habet parere *l. Non videtur. §. qui in sui. ff. de Reg. Iur.*

Sed quia si ex falsa causa decretū Prætoris sit interpositū ita vt appareat obreptū esse prætori, an & tunc iuste possidet is, qui auctore prætore possidet & plerumq; ea est sentētia iniuste possideri cū ex falsa causa decretū est interpositum: Sunt tamen qui contra statuant moti *l. Cum vero §. subuētum. ff. de statulib. l. 1 §. hæc verba. ff. Ne vis fiat ei qui in l. magis puto. ff. de reb. eorum.* quibus in locis diserte scribitur, ei, qui ex falsa causa decretò prætoris possessionem obtinuit, nihil possessionē prodesse debere. Et hæc sententia veritati & æquitati cōsentanea videtur: Nec n. iniuria prætoris vni detrimento, alteri lucro esse debet. Multo min⁹ iusta reputanda erit possessio cum prætori obreptum est, quia alias dolus prodesset deceptori, & alteri, cui aufertur possessio, noceret. Sic itaque verum est iuste eum possidere, qui authore prætore possidet, si ex causa per decretū prætoris possessionem sit nactus: Deinde si decretum prætoris, ordine iuris seruato, sit interpositum. Hinc eleganter admodū Andr. Gail. *2. obseru 76.* notat regulam istam, ꝙ iuste possideat qui auctore prætore possidet, tunc demū procedere quādo cum causæ cognitione iudicialiter, parte altera, de cuius agebatur præiudicio citata *l. iudices C. de iud.* proceditur: Non vero locum illi esse quando de facto & extraiudicialiter ad vnius partis petitionē iudex processerit, quoniam hoc casu non vt iudex, sed vt priuatus processisse intelligitur *l. prohibitū est. C. de iure fisc.* Et iudex taliter procedens iniuriarum conueniri potest *l. Nec Magistratibus Digest. de iniur.*

Subiicit hoc loco ICtus regulā Neminē sibi causam possessionis mutare posse: Quæ regula pluribus in locis repetita & inculcata est, & proponitur *in l. 3. §. illud. 9 ff. de acquir. heredit. l. 19. §. 1 eod. l. Non solū. §. quod vulgo. ff. d. vsurpat. & vsucap. l. 2. §. quod vulgo ff. pro herede. l. certe §. Iulianus. & l. fin. ff. de precar. l. Cū nemo. C de acquir. poss. l. 23. C. locat. l. vltim. in fine. ff. si pars heredit. pet.* Sententia autē huius regulæ est ista, qui rē vel naturaliter tantū possidet, vt est colonus, depositarius, fructuarius, commodatarius, inquilinus, quiq; vere quidē, sed ex iniusta causa malaquē fide possidet, nō potest aut naturalē suā possessionē sibi mutare inciuilē, aut iustā & malæ fidei in possessionē iustā & bonæ fidei. Verbi causa; Colonus possidet tantū naturaliter *l. 9. in fine. ff. de Rei vindicat. l. 1. 8. ff vnde vi.* hic igitur Colonus, si secū constituat, velle se hūc fundū ciuiliter & vere possidere, eumq; retinere sibi, tanquā domino, eoque proposito vendat alicui hunc fundū, nihil agit Colonus, nec domino fundi istius, possessionem ciuilem habenti, quicquam præiudicat.

Rationē vero huius regulæ duplicē assignat Giphanius 1. Quia alias si quilibet sibi causam possessionis mutare

posset,

posset, daretur occasio delinquendi, quoniam qui vi fundum occupauit, si posset hanc iniustam possessionem ipse mutare in possessionem iustam, pergeret plures vi occupare fundos, atqui occasio omnis delinquendi præscindi debet *l.1.§ illa autem, C. de lat. libert. tollend.*

2. Quia domino non debet res sua auferri sine causa & tantum ex libidine & proposito alicuius priuati *l. Id quod nostrum 1. ff. de Reg. Iur.* Atqui si licita foret huiusmodi possessionis mutatio, domino res sua, aut eius saltem possessio ciuilis auferetur.

Circa hanc porro regulam obseruandum primo est quod, etsi ipse possessor sibi causam possessionis mutare nequeat, alius tamen possit causam possessionis possessori mutare; vt si deponens depositario vendat vel donet rem depositam: Hic enim mutata est possessio naturalis in ciuilem.

Deinde quod dicebatur, neminem sibi possessionis causam mutare posse sic intelligendum est si in priori possessione manere velit: Nam si quis non maneat in possessione priori, sed eam dimittat, & postea possessionem ex alia causa recuperet, iure possessionis causam mutasse intelligitur. Et hoc est quod Marcellus monet, *in l. 19. §. 1. ff. de acquir. poss. Quod scriptum est*, inquiens, *apud veteres, neminem sibi causam possessionis mutare posse, credibile est de eo cogitatum, qui & corpore & animo possessioni incumbens hoc solum statuit vt ex alia causa id possideret: Non si quis dimissa possessione prima eiusdem rei denuo ex alia causa nancisci velit.*

Cæterum prædicta regula ad causam naturalis possessionis etiam referri debet; ita vt nec naturalis possessionis causam quisquam sibi mutare valeat. Ita quippe ICtus *in l. 2. §. quod vulgo ff. pro herede* scribit: *Quod vulgo respondetur causam possessionis neminem sibi mutare posse, sic accipiendum est, vt possessio non solum ciuilis, sed etiam naturalis intelligatur*: veluti colonus & commodatarius possident naturaliter *l. commun. §. Neque ff. comm. diuid. d. l. 2.* quod si igitur statuerit se possidere pro herede possessionis causam sibi non mutant & ideo non vsucapiunt *d. l. 2. § quod vulgo.*

Possessionem porro non solum ex vna, sed etiam ex pluribus simul causis nos acquirere posse traditum est *in l. 3. §. 4 ff de acquir poss* quo in loco ita Paulus: *Ex pluribus causis possidere eandem rem possumus, & quidem putant & eum, qui vsucepit, & pro emptore & pro suo possidere. Sic enim et si ei qui pro emptore possidebat, heres sim, eandem rem & pro emptore & pro herede possideo: Nec enim, sicut dominium non potest, nisi ex vna causa, contingere, ita & possidere ex vna duntaxat causa possumus.* *Lit. F. Quæ. 14. An & quare ex pluribus causis possessio possit acquiri?*

Hoc idem confirmatur quoque *l. 1. ff. pro suo.* vei bi causa, emi domum à Titio, putans eum esse dominum & proinde post traditionem me factum esse dominum: Hanc domum non ex vna saltem, sed ex duabus causis possideo: pro emptore, quia emi: pro suo, quia putabam iam esse meam, vt à domino mihi traditam. Sic emi domum à non domino eamque moriens relinquo heredi, hoc casu heres eam possidens, possidet & pro emptore, quia defunctus emit, cui successit & pro herede.

Cur autem possessio ex pluribus causis acquiri queat, possessio vero non item, ratio non vna nec eadem ab omnibus adferri solet.

Primo enim Iohannes Ramus in œconom. reg. iuris ad l. Non vt ex pluribus hanc rationem adducit, quod dominium sit velut substantia rei: possessio velut superficies eius, obligatio velut accidens: Substantia autem vnius rei sit tantum vna cum sint multa accidentia. Sed ratio hæc imbecillis est: Nam sic ex vna duntaxat causa posset acquiri possessio, quia superficies rei, cui possessio comparatur, vna tantum est cuiusque rei.

Et

Et huiusmodi comparationem rerum naturalium cum nostris ciuilibus aliquid interdum prodesse, sed plerumque esse alieniorem, nec satis rem declarare, ait Giphanius *in d.l.3.§.4.*

Ipse proinde Giphanius hanc rationem reddit quod dominium sit ius rei, possessio vero non ita sit ius seu affectio rei, cum magis ex persona pendeat, quam ex re; quoniam propter iura rei datur actio in rem: propter possessionem autem dantur interdicta, id est actiones in personam non in rem. *l. in eadem vlt. ff. de except. rei iudic. l. 2. in fine ff. de interdict. §.1. & 2. l. eod.* Cur autem possessio magis ex persona pendeat, causa hæc adducitur quia in possessione maxime spectatur detentio, siue comprehensio, quæ est corporis & animi: Vnde & possessio non acquiritur nisi veræ personæ cum dominium acquiratur etiam furioso & infanti, ignorantibus & inuitis. Cum igitur possessio non afficiat rem ipsam, sed sit detentatio quædam personalis, & persona possit modo hunc, modo illum titulum spectare & cogitare animumq; suum ita distrahere, videtur non incommode dici posse, ex pluribus causis possessionem obuenire.

Franciscus Duarenus *in d. §.4.* Ideo, ait, ex pluribus possessionem acquiri, quia visa fuerit vtilitas hoc requirere, quo nempe ex pluribus causis res possessa facile possit acquiri, & possidendo eo facilius perueniri queat ad acquisitionem dominii *l. 1. ff. de acquir. poss.* vt si ex vna causa possessio fuerit interrupta, ex alia causa nihilominus vsucapio procedere posset. Deinde possessio comparata est propter dominium *d. l. 1.* & est veluti cursus ad dominium, quod se ad possessionem habet veluti meta in stadio: Atqui dominium non est propter aliud ac proinde sufficit vna ex causa illud acquisitum esse, eoq; acquisito, nihil amplius requirere possumus.

Ei porro quod dictum est, possessionem ex pluribus causis nobis acquiri posse refragari videtur textus *in l. 4. C. de contrahend. empt.* vbi dicitur titulum possessionis non posse duplicari.

Resp. enim Giphan. *in d. l. 4.* verbum possessionis pro dominio positum esse, quia *in l. 7. ff. de contrahend. empt.* dicitur dominium duplicari quod *in d. l. 4.* possessionem duplicari: Nec enim infrequens est vt possessionis verbum proprietatē denotet *l. interdum. ff. de verb. sign.*

Hugo Donell *in comm. ad d. l. 4.* etsi in ea *l. 4.* possessionis nomen proprie acciperetur, verissimum tamen esse quod ibi dicitur Lucianum in casu proposito non potuisse sibi duplicare titulum possessionis; quoniam cum emptio fuerit nulla, fieri non potuerit vt sibi ex emptione titulum possessionis sibi applicaret & duplicaret: Et ideo nihil obstare dici quod eadem res ex pluribus causis possideri possit: hoc enim tunc demum procedere, quando reuera sunt plures causæ possidendi: in specie autem *in d. l. 4.* proposita plures causas non potuisse esse præter vnicam, nempe donationem; quia emptio postea secuta perinde sit, quasi secuta non esset, cum ipso iure nulla sit.

Non obstat insuper *l. 2. in fine ff. pro emptore.* vbi ei qui rem alienam emit postea donatur ipsi eadem res à domino.

Ex emptione enim non erat dominus qui emerat à non domino; ideoque dominium ibi non ex duabus causis, emptionis, sed ex vna tantum donationis causa acquiritur.

Ex iusta præcedente causa, siue illa simplex fuerit, possessio acquiritur, sed ita si coniunctim & animus & corpus concurrant. Ita Paulus *in l. 3. §. 1. ff. de acquir. poss.* Et adipiscimur possessionem corpore & animo, neq; per se animo, aut per se corpore. Et *in §. Neratius 3. eiusd. l.* dicitur: Neratium & Proculum solo animo non — *Li. F. Quæ. 15. An possessio animo acquiratur?*

CCC non

non posse nos acquirere possessionem si non antecedat naturalis possessio statuisse. Et *in §. In amittenda 6.* dicitur expesse solo animo possessionem acquiri non posse. Et *in l. 153. de Reg. Iur.* Paulus scribit: vt nulla possessio acquiri nisi animo & corpore potest: Ita nullam amitti nisi in qua vtrumq; in contrarium sit actum. Ratio a. cur vtrumq; ad acquirendam possessionem sit necessariũ, hæc adduci solet, quia possessio est occupatio siue apprehensio quædã aut detẽtio: Ad occupationẽ a. requiratur & corpus & animus, siue affectio. Quod ad corpus attinet, necesse est vt vel manibus res mobiles, vel pedibus res soli occupetur.

Non a. prædictæ assertioni quicquã obstat *l. 1. § si iusserint. ff. de acq. poss.* Nam ibi possessio acquiri dicitur quãdo res, q̃ mihi aliquis traditurus est, in conspectũ meum ponitur, etsi eam corpore meo non contingam, solo aspectu acquiritur.

Etenim bene respondet Duar. *ad d. l. 3. §. 1.* in casu isto possessionẽ nõ acquiri sine sensu & cõsensu corporeo, cum aspectꝰ sit sensus corporeus; & ideo hic quoque corpore possessionem recte dici acquisitam. Consimiliter non obstat *l. quarundam 51. ff. de acquir. poss.* vbi dicitur possessio acquiri cum quis rei custodem ponit.

℞ Nam & hic actus quidam corporalis interuenit non quidẽ eius, cui possessio acquiritur, sed custodis rem apprehendentis: apprehensio, in quam, interuenit alieno corpore facta. Nec precise requiritur corporalis apprehẽsio illius, cui acquirenda possessio est, sed sufficit alterius alicuius apprehensionẽ intercedere: Et quidem corpore possessio, sed corpore tam alieno, q̃ nostro, vt suo loco vlterius dicetur. Insuper nõ resistit ꝙ si quis donauerit mihi rem aliq̃, retẽto vsufructu, retentione ista vsusfructꝰ in me transferatur possessio rei donatæ, cũ tamẽ nulla corporalis apprehensio mea ex parte interueniat. *l. quisquis 28. C. de don.* ℞ Giphan. traditionẽ eiusmodi rationi iuris nõ esse satis consentaneam & nouis legibus introductam. Deinde ait possessionem isto casu non omnino sine actu corporis transferri; quia vsufructuarius vtiq; corporaliter rẽ possideat & ideo proprietariũ possessionem corpore fructuarii acquirere. Idẽ quoq; sentire videtur Duar. *d. loco.* Rursus non refragatur *l. clauib. ff. de contrah. empt.* vbi si quis mihi vendiderit frumentum ꝙ in horreo est, & mihi tradiderit claues eius horrei, clauibus traditis transfertur possessio, licet frumentũ plane non aspexerim. ℞ Sed huc quoq; interuenit actꝰ aliquis corporeus traditio videlicet clauium: quæ sint corporale signum; quo mediante rei ipsius possessionẽ corpore acquiri, mox dicetur. Adhæc opponi solet *l. 1. C. de don.* vbi dicitur, si quis vendiderit rẽ aliq̃ & tradiderit instrumentũ emptionis qua eam rẽ acquisierat ab alio, possessionẽ transferri, etsi nulla corporalis apprehensio interuenerit. Sed Duar. respondet receptũ hoc esse vtilitatis causa, vtilitatẽ hominum exigere vt paulo benignius hæc, quæ de possessione transferenda dicantur interpretarentur.

Giphanius ait instrumentũ, ꝙ traditur, esse loco rei; cũ eius rei ius in instrumẽto cõprehendatur: At supra dictũ fuit sufficere ad possessionẽ transferendã quod signũ aliquod, loco rei, sit traditum, Dici proinde nõ potest quod solo animo & non etiã corpore possessio fuerit in casu nostro acquisita. Non resistit porro nostræ assertioni *l. si adoptauero 16. ff. de precario.* vbi is, qui possidentem precario arrogat, ipsa arrogatione possessionẽ quoque acquirit. Atqui non interuenit actus aliquis incorporeus.

℞ In-

℞ In casu præsenti possessioné quidem acquirere patrẽ arrogatorẽ suo animo, sed corpore arrogati, nõ tantũ earũ rerũ, quas precario, sed etiã quas veris titulis iuste possidet arrogatus, quia omnia trãseũt in arrogatorẽ; iura quidem sine dubio, vt dominiũ, possessio vero ita si animus ad sit possidẽdi tam in filio, quam in patre *l. penult. §. 1. ff. de bonor. poss. secund. tab.*

Pari modo ad rẽ nõ facit *l. Raptores. 53. versic. sin autẽ in verb. Et plenã possessionẽ. C. de Episcop. & Clericis.* Nõ enim ibi possessio dicitur acquiri solo animo & sine actu & signo aliquo corporali. Sed bonorũ eius, qui virginẽ sacrã rapuit, vsusfructus quidẽ ipsi virgini proprietas vero & possessio Ecclesiæ aut monasterio attribuitur & cõfirmatur, ꝙ de titulo tantũ accipi debet: Nempe vt Ecclesiæ huius possessionis ius, tũ titulũ habeat, puta ex authoritate legis vt iustus est titulus ex authoritate prætoris *l. 11. ff. de acq. poss.* De modo acquirendæ possessionis ibi nullo verbo agitur.

Non magis pertinenter & accommodate huc adducitur exemplum alluuionis quia in ea perspicuus est actus corporalis, cũ quid paulatim accedit agro, quẽ possideo corporaliter totũ: Nõ enim est opus semper omnes glebas circumambulare *d. l. 3. §. 1.*

His igitur obstaculis ordine remotis, relinquitur quod possessio coniunctim animo & corpore acquiratur, nec ad eam acquirendam solus animus vel solum corpus requiratur.

Quæst. 16. *An possessio rerum hereditariarum in possessionem ipso iure continuetur?*

Hinc deduci putat noster Author; possessionem rerum hereditariarum in heredes, etiãsi sui sint, ipso iure non continuari, quoniã nõ solũ animus sed factũ etiã hominis, corporalis videlicet apprehẽsio ad possessionẽ acquirendã desideratur. Quocirca nisi animo & corpore res hereditari as apprehendat heres possessio ipsi nõ acquiretur. Id ꝙ de extraneo herede facile largiuntur omnes: De suo autẽ herede nõnulla est dubitatio nec desunt qui in ipsum iure ipso, sine vllo ipsius facto possessionẽ cõtinuari & deriuari statuant. Mouentur autem hisce circiter rationibus.

1. Hereditas, inquiunt, est successio in vniuersum ius, quod habuit defunctus *l. hereditas. ff. de Reg. Iur.* Et heres est successor in ius vniuersum ꝙ defunctus habuit. *l. heres in omne. ff. de acq. heredit.* Iã vero possessio & commodũ possidẽdi ius est *l. 1. ff. de acq. rer. dom.* in possessionẽ proinde succedet heres defuncto nõ minus atque in cætera defuncti bona, & cõsequenter noua ipsius apprehensione possessionisq; acquisitione opus nõ erit. 2. Ad quod accedit quod vsucapionis tẽpus dicitur coniungi cum tẽpore heredis, ita vt cõtinuatio possessionis fiat *§. diutina. I. de vsucap. l. cum heres. ff. de acq. possess. 3.* Quin etiam satis aperte sententiã hanc confirmare videtur Paulus *in l. cum miles. versic. quia ff. ex quibus caus. maior.* vbi dicitur, possessionem defuncti quasi iunctum in heredes descendere.

4. Eodemque facere videtur *l. 2. § vlt. ff. pro herede.* in qua Iuris Consultus Iulianus scribit; penes filium esse naturalem possessionem rei à patre ei donatæ, etiã viuo patre, cui consequens est quod possessio ipso iure in suos heredes transferatur.

Idemque & hoc comprobare videtur quod pater & filius vna eademque persona censentur *§. Alteri. I. de inutil. stipulat. l. fin. C. de impul. & ab subst.* vnde dicendum videtur quod ad possessionem, quæ penes patrem fuit, filio acquirendam, non sit opus noua apprehensione sed ea ipso iure à patre ad filium transferatur.

6. Postremo cũ liberi, viuis etiam parentibus domini sint paternorum bonorum, *§. sui autem. I. de hered. qualit.*

& different. idcirco ad possessionem patris ad filium deuoluendam non alia & noua apprehensione opus sit, sed possessione etiam non apprehensa, ipso iure ad liberos transferatur. Sic enim de dominio in liberos ipso iure continuando disserit Iustinianus *in d. §. sui. 2.* & ICtus Paulus *in l. 11. ff. de lib. & posthum. hered. instit.*

Cæterum communis sententia in contrarium est, quod nempe possessio rerum hereditariarum nec in suos heredes ipso iure continuetur sed ad eam ipsis acquirendam opus sit noua apprehensione. Et ita statuunt Andr. Gail. *2. obseruat. 129. & 152.* Wesenbec. *in paratitl. ff. quorum bonor.* Hubert. Giphan. *in lectur. Altorphin. ad l. 23. ff de acquir. vel amitt. possess.* Mynf. *3. obseruat. 38.* Iohann. Borcholt. *de acquir. poss. c. 8 n 26.* Couar. 3. *variar. resolut 5 n 6.* Bellon. *4. supputat. 15. n. 45.*

1. Confirmat autem sententiam hanc inprimis textus *in l. 23. ff. de acquir. possess.* vbi Iauolenus ita scribit: *Cum heredes instituti sumus, adita hereditate, omnia quidem iura ad eos transferuntur, possessio tamen, nisi naturaliter apprehensa, ad nos non pertinet.*

2. Quod ipsum calculo quoque suo comprobat Paulus *in l. 30. §. 5. ff. eod.* Quod per colonum, inquiens, possideo; heres meus, nisi ipse nactus possessionem, non poterit possidere: Retinere enim animo possessionem possumus, adipisci non possumus. Et quanquam hasce leges dissentientes ad extraneos duntaxat heredes restringere conentur; nulla tamen lege, nulla principis constitutione, nec vlla ratione nituntur. Refragatur quippe illis generalitas harum legum: Deinde obstat illis ratio ob quam extraneis heredibus possessione sine ipsorum corporali apprehensione non acquiritur, quæ in suis heredibus non minus locum sibi vindicat, vt plus quam manifestum est. Ratio enim hæc est quod possessio non potest acquiri sine corpore & animo *l. 30. §. 5. ff. de acquir. poss.*

3. His insuper accedit textus apertus *in l. 1. §. Scæuola. ff. si quis testam. liber.* vbi Vlpianus ait: *Sed nec heredis est possessio, antequam possideat, quia hereditas in eum id tantum transfundit, quod est hereditatis: possessio autem non fuit hereditatis, quia hereditas facti est.* Quapropter cum possessio morte defuncti finiatur, siquidem in eo possidenti voluntas & animus, sine quo possessio non est *d. l. 30. §. 5.* omnino extinguatur & finiatur *l. 4 ff. locat. l. 65. §. illi, qui volet. ff. de legat. 1.* ideo possessio ad heredes, siue extraneos, siue suos non transfertur, nisi & ipsorum factum, apprehensio scilicet, accedat.

His non admodum repugnant quæ pro priori contraria sententia adducebantur.

Quod enim primo aiunt hereditatem esse successionem in vniuersum ius, igitur etiam in possessionem: Ad hoc respondetur primo: si quid hoc argumentum probaret, euinceret quoque possessionem extraneo etiam heredi ipso iure sine vllo eius facto aut apprehensione acquiri: At hoc absurdum esse omnes facile agnoscunt propter textus *in l. 23. & l. 30 ff. de acquir. poss.*

Negatur deinceps consequentia quia possessio non est ius, nec iuris, sed facti *l. 1. §. 1. ff. de acquir. poss. l. 19 ff. ex quibus caus.* & supra prolixe hoc ostensum fuit sub thesi 1. Vnde etiam hac ipsa de causa negat Scæuola & cum eo Vlpianus possessionem in heredes & successores ipso iure sine noua apprehensione transferri. Commodum æque & causa possessionis ius esse potest, possessio vero ipsa & eius acquisitio ius merum non est, sed in detentione & facto consistit. Denique etsi possessio ius esset ac in iure consisteret, à regula tamen ista, qua dicitur heredem in omne ius succedere, manifeste

feste exciperetur sicut etiam excipitur *in l.23.ff.de acquir.poss.* Omnia sane iura defuncti in heredem transmittuntur:personalia tamen iura quæ ossibus quasi defuncti adhæserunt,& proinde cum ipsis expirarunt,ad successores transferri nequeunt.

Ad secundam rationem quod vsucapio cœpta à defuncto continuetur in heredem *l.31.§.5.l.20.ff. de vsucap.§.diuina.l.eod.* Respondetur primo consequẽtiam negando. Etsi enim vsucapio sine possessione contingere non potest *l.fine ff.de vsurpat.& vsucap.* iure tamen singulari receptum est vt etiam sine possessione ipsa vsucapio in heredem continuetur *l.44.§.Nondum.ff.eod.* Præterea sic continuatur tempus vsucapionis, cœptæ in defuncto, in heredem, si ipse prius possessionem apprehenderit *d.l.33.& d.l.30. ff.de acquir.poss.* Denique si quid ad rem faceret hoc argumentum, euinceret etiam ipsum extraneum heredem sine vlla apprehensione possessionem acquirere, quoniam in ipsum quoque continuatur vsucapio: At hoc omnibus consentientibus,falsum est.

Ad *l.cum miles.30. ff. ex quibus caus. maior.* respondetur, possessionis nomen esse æquiuocum & in iure sæpe pro vsucapione vsurpari,vt *in l.9.& l.26.ff de acqui. poss.* quia vsucapio maximus est effectus possessionis. Et hoc etiam modo nomen possessionis *in d.l.30.* vsurpari exinde relucet, quod quæstio eo in loco proposita fuerit non de ipsa possessione, sed de vsucapione. Deinde idem quoq, ex eo patescit quod ICtus eam possessionem,de qua loquitur dicat plerumque hereditate nondum adita, compleri. Compleri autem vsucapio dicatur, non possessio proprie sic dicta, quæ vsucapionis causa est. Postremo *d. l. 30.* loqui de extraneo herede & non de herede suo colligitur ex verbis, *adita hereditate*, quæ non, nisi ad extraneum,qui hereditatem proprie adire dicitur,referri possunt §. 4. & 5.I.*de hered. qualit. & differ.* ideoque si quid *d. l.30.* ad propositum conferret, probare extraneo quoque possessionem ipso iure acquiri: At hoc, vt sæpe dictum est, absurdum est & textibus iuris manifestissimis contrarium.

Pari modo non resistit quartum, ex *d.l.2.ff.pro herede.* petitum. Non enim loquitur de possessione patris post mortem ipsius, filio ipso iure acquirenda, sed de naturali possessione viuo patre, filio quæsita. Loquitur enim ea lex 2. de eo casu, quo res aliqua filio à patre erat donata, & eidem tradita, quia donatio olim non, nisi traditione accedente, perficiebatur. Naturalis autem & non etiam ciuilis possessio filio acquisita fuit, quia donatio inter patrem & filium olim non valebat iure ciuili. Et sane cum in casu *d.l.2.§.fin.* filius pro donato & non pro herede possideat, sequitur vtique exinde infallibiliter quod in specie *d.l.2. §.fin.* possessio defuncti in filium non fuerit ipso iure continuata & sola successione acquisita.

Ad quintum etiam argumentũ facilis & expedita est responsio,nẽpe id quod dicitur filium cum patre pro vna persona haberi,id nõ fieri naturali, sed fictionis ciuilis ratione: Fictionẽ vero in his, quæ facti sunt,qualis etiam possessio est, locum non habere *l. 9 & seq. ff.ex quibus caus.maior.* Deinceps pater & filius non simpliciter pro vna persona habentur *l.fin. Cod. de impub. & al.substitut.in verb. pene.* sed in illis duntaxat quæ patri acquiri possunt §.4.*I.de inut. stipulat.* fictio proinde ista iuris ciuilis locum habet saltem in rebus patri acquirendis.

Ad sextum & vltimum respondetur à dominio ad possessionem argumentum non procedere *l.12.§.1. ff. de acquir. possess.* proinde licet filius, patre etiam viuo, sit quodammodo bonorum pa-

rernorum dominus, non tamen propterea erit etiam possessor, quod vsque adeo verum esse tradit Andr. Gailius *lib. 2. obseruat. 152.* vt pro regula haberi debeat, quod omnibus in casibus, in quibus dominiũ ipso iure transit, possessio sine apprehensione nõ acquiratur. Relinquitur proinde nec in suos heredes ipso iure possessionẽ defuncti continuari.

Quæ. 17. *An statuto vel consuetudine possit induci vt ipso iure possessio in heredem transeat?*

Illud porro intricatę admodũ quæstionis est, vtrũ per legẽ, statutũ, vel consuetudinẽ induci possit vt possessio in aliquẽ transferatur, siue vt acquiratur solo animo & sine vllo actu aut signo corporali?

Affirmatiuam sententiam tuetur Author noster, secutus Iohannem Corasium *6. miscell. 13.* Andr. Gail. *lib. 2. obseruat. 152 n. 18. & obseruat. 129. num. 13.* Andr. Tiraquell. *in tractat. de possessione defuncti in heredem continuanda. part. 1. num. 7. & seqq.* Ferdinand. Vasq. *ad l. si quando. C. de inoffic. testam. n. 33. & sequent.* Bartol. *in l. si is qui. column. 4. Digest. de vsucap.* Bald. *in l. 1. in pr. C. comm. de legat.*

Et pro hac sententia adducunt inprimis textum *in cap. ex literis. de consuetudine.* vbi Pontifex Innocent. 3. ita scribit: *Si vero aliquis possessiones aliquas claustris vel aliis religiosis locis in bona valetudine vel vltima voluntate pro suorum vult remedio peccatorum conferre: Hanc conferendi formam esse proponis, quod in huiusmodi donationibus modicum terra consueuit in manu accipere, vel in extremitate pallii manu prælata Ecclesia sustinetur, aut super altare ponendum sub testimonio videntium & audientium, sub dicta forma, quæ scotatio vulgariter appellatur. Discr. vestra mandamus, quatenus donationes eorum, quæ sub obtentu consuetudinis claustris, Ecclesiis vel quibuslibet locis religiosis pie conferuntur etiã sunt collata, faciatis irreuocabiliter obseruari, cum huius signum, quod scotatio dicitur non tam facta donationis, quam traditæ possessionis sit euidens argumentum.* Ex hisce verbis colligunt consuetudine introduci posse vt actu vel solennitate aliqua, sine apprehensione reali possessio rei absentis transferatur.

Hinc etiam, testibus Tiraquell. & Corasio in Gallia consuetudine receptum est, vt possessio, quæ fuit apud defunctum, sine corporali heredis apprehensione in heredem continuetur. Veruntamen hanc sententiã alii non sine causa reprobarunt; atq; sic statuerunt, neque lege neq; consuetudine introduci posse, vt possessio solo animo, sine vllo corporis aut signo aut facto acquiratur.

1. Quia hoc natura impossibile est: Naturalis autem ratio per legem aut consuetudinem tolli non potest, & natura impossibile nulla lege confirmatur *l. 1. in fin. ff. de vsufruct. earum rer. quæ vsu consum.* Natura autem id esse impossibile intelligitur ex *l. 30. §. qui vniuersas. & §. quod per colonum. ff. de acquir. poss.* vbi dicit Paulus animo possessionem retinere nos posse, adipisci non posse.

2. Quia possessionis natura in eo posita est vt detentionem, siue vt ICti loquuntur, detentationem & corporalem apprehensionem, siue occupationem requirat. Non potest autem lex aut statutum, aut consuetudo quid inducere quod sit contrarium definitioni & naturæ rei. Esset enim ea implicatio contradictionis. Et ita post Albericum *in l. si quarundam. ff. de acq. poss.* Bald. *in l. 1. Cod. comm. de legat.* Aretin. *in l. 1. ff. de acquir. possess.* Afflict. *decis. 329.* statuit Hubert. Giphanius *ad l. 3. n. 21. ff. de acquir. poss.*

Ego, vt de hac controuersia sententiam meam libere exponã, existimo priorem sententiam veritati magis esse consonam eamq; sine vlla difficultate & absurditate defendi posse: Non quidem ex *d. cap. Ex literis 2.* Id enim nihil quicquam ad rem pertinet, quoniam hoc saltẽ probat, possessionem rei absentis in aliquẽ transferri posse, sed non sine corporali apprehensione, verũ signo, vel, vti pontifex loquitur, scotatione interueniente.

Verum

Verum istam opinionem præcipue ex eo defendi posse arbitror, quod solius ciuilis sit dispositionis hoc quod possessio non solo animo, sed corpore etiã acquiri debeat: Nec enim reuera vllũ in natura aut iure vel ratione naturali fundamentũ habet: Ea autẽ quæ iuris ciuilis sunt, consuetudine iureq; non-scripto mutari possunt *§. penult. I. de iure nat. gent. & ciuil. l. 32. ff. de legibus.*

Nec magni momenti sunt dissentientium fundamẽta: quod enim primo dicebatur natura impossibile esse possessionẽ sine corpore vel corporali apprehẽsione acquiri, falsum omnino esse puto. Nec per allegatos textus id probatur: Cum enim dicitur animo possessionẽ acquiri nõ posse hoc de iure ciuili eiusdemq; dispositione intelligendũ est, ita vt per leges ciuiles fieri non possit vt solo animo possessio acquiratur. Alterũ argumentũ adhuc infirmius est: Nã consuetudo & statutum, eorũ quæ iure ciuili constituta sunt naturã vtiq; mutare potest: Exempla huius extant in iure nostro infinita: Sic enim, verbi causa, olim donatio sine traditione nõ perficiebatur: *l. 1. de donat.* At hodie ex noua Iustiniani lege sine traditione solo cõsensu perficitur & absoluitur. *l. si quis argentũ. C. de don.* Et cũ pacta contrahẽtiũ contractib' aliisque actibus formã dare eorundemq; naturã mutare & alterare possint *l. 7. §. 5. ff. de pact.* Cur non idẽ hoc, & quidẽ multo magis per statutum aut legẽ fieri possit. Quocirca adhuc Authoris nostri sententiam veriorẽ esse iudico.

Sed stante huiusmodi statuto; quod possessio sine corporali apprehensione acquiri possit, inque heredem ipso iure continuetur; Quæritur porro, vtrum possessio æque in testamentariũ, atq; in legitimũ, continuetur? Et quidẽ statutũ verbis generalib. de herede sit conceptum, dubitandũ nõ existimo quin statutum huiusmodi etiã ad testamentarios heredes extendendũ sit. Verũ si statusũ mentionẽ faciat heredis legitimi, seu legitimæ hereditatis, nonnulla dubitatio esse potest vtrũ tale statutũ de testamentario quoq; herede sit interpretandum? pro negatiua enim facit quod legitima hereditas in vsu iuris ea dicatur, quæ non ex testamento sed ab intestato defertur. *tot. ti. I. de legitim. agn. success. l. 1. & tot. tit. ff. de suis & legit. hered.* Verũ, hac ratione nõ obstante, contrariũ dicendũ cẽseo Alciato *lib. paradox. c. 7* quod nẽpe & testamentarii heredes proprie dicantur legitimi *l. lege ff. de verbor. significat.* vbi dicitur, lege obuenire hereditatem non improprie quis dixerit, quæ ex testamento defertur.

Cæterum ad Legatarium eiusmodi statutum nequaquã porrigi debet, quia legatarius heredis appellatione plane nõ venit. *pr. I. de legat.* Excipit noster author casum quo filius in re certa heres scriptus est: hic enim legatarii partiarii loco esse dicitur *in l. quoties. C. de hered. instit.* Et tamen quia institutus est heres, statuto comprehẽditur: Veruntamen hic Autori nostro assentiri non possum, quia is qui ex re certa est heres scriptus reuera nõ est heres, sed legatarius: Heredis autẽ nomẽ in statuto vsurpatum, semper proprie & stricte capitur, quemadmodũ alias statuti verba in propria & stricta significatione accipi debẽt, quotiẽs de statuti interpretatione agitur.

Animo igitur & corpore possessio acquiritur & quidẽ coniunctim vtroq;. Licet autem Vdalricus Zasius, Æmyl. Ferrettus, Hubert. Giphan *in d. l. 3. §. 1.* varios excipiant casus quibus possessio solo acquiratur animo, de illis tamen supra sub initium literæ præced. à nobis responsum fuit.

RESOLVTIO THESIS III.

PEr quos porro possessio acquiritur in hac thesi explicãdũ sibi proponit noster Treut. & regulã hãc ponit ꝙ possessio nõ solum per nosmetipsos, sed etiam per alios nobis acquiratur. Excipit vero ab ista regula Furiosum & infantẽ quos sine tutore possessionem acquirere non posse plus quam certum est; Nam prout ante demonstratum fuit, possessio animo simul & corpore acquiritur *l. 3. §. 1. ff. de acquir. poss.* Furiosi autem & infantis nullus est animus, nulla habendi affectio: ita quippe Paul. ICtus *in l. 1. §. 3. ff. hoc tit.* scribit: *Furiosus & pupillus sine tutoris authoritate non potest incipere possidere, quia affectionem tenendi non habent, licet maxime corpore suo rem contingant, sicuti si quis dormienti aliquid in manu ponat.*

Quæ. 18. *An furiosus & infans possessionem acquirant?*

Et quod infanti sine tutore possessio non acquiratur, textus est apertus *in l. 32. ff. de acq. poss.* Nam ibi Paulus infantem inquit possidere posse si tutore auctore cœperit.

Verum ꝙ infans etiam sine tutoris authoritate possit possessionem acquirere: sancit Imperator Decius *in l. 3. Codic. de*

acquiri-

a. quir. & retinend. possess. vbi Rufino hæc in verba rescribit: *Donatarum rerum à quacunque persona infanti vacua possessio tradita corpore quaritur; quamuis enim sint auctorum sententia dissentientes: Tamen consultius videtur interim (licet animi plenus non sit affectus) possessionem per traditionem esse quæsitam. Alioquin (sicut consultissimi viri Papiniani responso continetur) nec quidem per tutorem possessio infanti poterit acquiri.*

Franciscus Duarenus *in comm. ad d.l.1. §.3.* respondet; istam *l.3.* conceptam fuisse de speciali casu, quo non solum res ex donatione, adeoque contractu, pupilli vtilitatem concernente, infanti erat tradita, sed etiam ipsi pupillo infanti in manum res erat posita, quam infans manu apprehendere potuerit, sicut etiam verisimile sit, infantem affectum aliquem habuisse eius rei tenendæ, sicut fere accidat vt pueri affectu ducantur in res sibi donatas, auide accipiunt cum affectu tenendi quod sibi donatur. De aliis vero rebus, quæ non traduntur in manum, idem diei non posse ait.

Verum enimvero hæc responsio Duareni in mera coniectura consistere videtur, nec enim ex textu illa apparet.

Mihi dicendum videtur, quod *in d.l. 3.* dicitur possessionem infanti acquiri, id hoc modo intelligendum esse, *si tutoris auctoritas accesserit*: Et ita etiam Iacobus Cuiacius *in d.l.1.§.3.* ait eam *l.3.* ita supplere debere: *Si modo iubeat auctoritas tutoris.*

Et quanquam Duarenus interpretationem hanc à verbis rescripti alienam esse competat, eo quod Decius generaliter de possessione tradita rescribat, nec vllum verbum de tutoris authoritate accedente faciat; Qui tamen & rationi iuris (quæ animum & affectum ad requirendam possessionem desiderat, quem in infante deficere certum est) & *legi 1 §.3.* per omnia conuenit, idcirco eam omnino admittendam arbitror.

Nec obstat illi quicquam quod in fine legis 3. dicitur; *alioquin ne quidē per tutorē possessionē infanti acquiri posse*, ex quo colligunt nonnulli quod in præcedentibus Imperator locutus fuerit de possessione per solum infantem acquirenda, quoniam alias ratiocinatio ista nullius foret momenti.

Etenim probe obseruandum est hæc esse longe diuersa: Tutorem pupillo acquirere possessionem, & pupillum authore tutore possessionem acquirere: de priori in verbis finalibus *d.l. 3.* modo allegatis, solum sermo est: de posteriori vero in verbis præcedentibus. Atque hæc est Imperatoris Decii collectio: *Si infanti per tutorem acquiri possessio potest, etiam non interueniente corpore infantis, poterit vtique ipse infans, tutore auctore possessionem sibi acquirere.* Iacob. Cuiac. *in d. l. 1 § 3.*

Expeditum proinde est infantem non posse sibi possessionem sine tutore acquirere.

Quæ. 19. *An infans tutoris authoritate possit acquirere possessionem?*

Sed nunquid tutoris authoritate possessionem sibi acquiret? Difficilis est quæstio.

Pro Negatiua enim sententia speciosa admodum argumenta produci possunt.

1. Etenim certū est iuris nostri principiū quod ad possessionem acquirendam requiratur animus & affectio eius, qui possessionem sibi acquirit *l.3 §.1. ff. de acquir poss.* Atqui infantis nullus est intellectus nullus animus, nullum iudicium: Id quod probat textus *in l.1. C. de falsa moneta.* vbi dicitur pupillorum ætatem, quid videat, ignorare. Et *in l. infans. 12. ff. ad L. Cornel. de sicar.* dicitur à pœna legis Cornel. infantem innocentia consilii excusari. Et *in §. in summa. 1. de oblgat. quæ ex delict. nasc.* infantem animum & iudicium non habere haut ob eure significatur.

Non igitur potest infans, tutore authore

thore, possessionem sibi acquirere; Cum tutoris auctoritas pertineat ad implendum iudicium pupilli: suppleri autem non potest, quod nullum est.

2 Deinde infans comparatur furioso, ita, vt quemadmodum furiosus non potest curatore auctore vllum actum perficere; ita quoq; nec infans *l. 5. ff. de Reg. Iur.* vbi discrimen constituitur inter furiosum & eum qui fari potest: Vt ille quidem nullum negotium curatoris sui consensu possit contrahere: pupillus autem, qui infans non est, tutore authore, omnia possit agere. Cui consequens est quod infans, instar furiosi, nullum negotium totius auctoritate contrahere & conficere possit.

Verum contraria opinio multo propius ad veritatem accedere videtur.

1. Nam *in l. 1. §. 3. ff. de acquir. poss.* pupillum sine tutoris auctoritate non posse incipere possidere: Vnde per argumentum à contrario sensu quod fortissimum in iure est *l. 1. ff. de offi. eius cui mand. est iurisp.* colligitur quod cum tutoris auctoritate pupillus possit incipere possidere.

2. Deinde sententia ista confirmatur expresso textu *in l. 32. ff. de acquir. possess.* Cuius verba hæc sunt: *Infans possidere recte potest si tutore auctore cœpit: Nam iudicium infantis suppletur auctoritate tutoris. Vtilitatis enim causa hoc receptũ est: Nam alioquin nullus sensus sit infantis accipiendi possessionem.*

3. Postremo eadem sententia diserte confirmatur *l. 3. C. de acquir. & retin. possess.* vbi infantem sibi acquirere possessionem posse asseritur. Quod ita intelligendum esse ostendimus, si tutoris interuenerit auctoritas.

Non obstat prius argumentum: Nam infantis est vtique aliquod iudicium *d. l. 32. §. 1.* quamuis non sit perfectum, nec tale quod solum ad actus, consensu gerendos sufficiat: Vnde cum negatur infantem consentire vel iudicium habere, id comparatiue non absolute intelligendum esse. Et hinc etiam infans tutoris auctoritate potest fideicommissariam hereditatem acquirere *l. 65. §. 3. ff. ad SC. Trebell.* quod profecto facere non posset, si nullum penitus haberet iudicium quod tutoris auctoritate suppleri posset.

Sic etiam secundum argumentum non refragatur quicquam: Nam infans non simpliciter, nec in omnibus furioso comparatur, prout euidenter ostendunt *d. l. 32. §. 1. l. 18 §. 1. eod. l. 2. §. si quis liberis. & §. sed infanti. ff. ad Sc. Tertyll.* Cui autẽ in iure plus tribuatur infanti, quam furioso, ratio hæc est quod in furioso nec res est, nec spes animi: In infante autem est spes & principium animi ac iudicii Giphan. *in lectur. Altorphin. ad d. l. 32. §. 1.* Seu in infante semina sunt iudicii, quæ suppleri possunt auctoritate tutoris: In furioso autem hæc semina iudicii non sunt, & ideo nec suppleri aut iuuari possunt. Fr. Hotom, *ad l. 5. Digest. de Reg. Iur.*

Non obstat *d. l. 5.* Nam bene Hotomannus respondet, ibi non generaliter nec infinite quæri, an eadem sit causa furiosi & infantis: sed finite: An in negotiis contrahendis eadem sit causa furiosi & infantis. Deinde cum à furioso ita discernitur infans, quod furiosus nullum possit negotium tutore auctore contrahere. Ille vero qui infantiam excessit & fari potest, omnia auctoritate tutoris possit, Exinde perperam admodum colligitur quod infans nulla omnino possit negotia tutore authore, contrahere, sed hæc solum exinde concludi potest, quod non omnia negotia infans tutore authore gerere possit; illa videlicet, quæ verba desiderant qualis sit stipulatio, iuramentum & si quæ sunt eius generis alia.

DDD Quæri-

concesso quod curator furiosi possit possessionem furioso acquirere: Minime tamen exinde recte inferetur quod ipse furiosus consensu curatoris possessionem nancisci queat.

Tum quia regula est iuris quod furiosus nullum negotium recte gerere possit authore curatore *d.l.5.*

Tum quia in furioso non est quicquam iudicii vel intellectus, quod curator possit supplere: Tum quia & alias ita iure comparatum est vt curator quidem furioso acquirat: furiosus autem ipse, quantumuis curatore interveniente nihil acquirat.

Ad secundum responsio patet ex præcedentibus: quod enim infantis & furiosi, cum de acquisitione rerum quæstio est, diuersissima sit conditio, diserte probant *l.32.§.1. Digest. de acquir. poss.l.18.§.1. eod.l.2.§.si quis liberis.& §.sed si infanti.ff. ad sen. Tertill.*

Et ratio etiam diuersitatis supra indicata fuit, quod nempe in infante sit spes & principium animi: In furioso autem non item: Vel quod in infante sint semina iudicii quæ suppleri à tutore possint *d.l.32.§.1.* In furioso autem huiusmodi semina non sint.

Ad Tertium respondeo argumentum à contrario sensu ex *d. l.1.§.3.* deductum in infante concludere quoniam ratio nulla, nullus textus iuris obstat: In furioso autem vim concludendi non habere, quoniam ei & ratio iuris & leges aperte refragantur.

Lit. B. Dictum est supra non solum per nosmetipsos possessionem nobis acquiri, sed etiam per alios: Id quod extra omnem dubitationis aleam positum est ac probat *l. 1. Cod. de acquir. poss.* vbi Imperator. Seuer. & Anton. Attico rescribunt: per liberam personam ignoranti quoque acquiri possessionem. Idemque *in §.5. Inst. per quas person nob. acquir.* disertis verbis Iustinianus profitetur. Quod tamen sequentibus conditionibus accipiendum est.

1. Vt animum possidendi habeant per quos possessio nobis acquirenda est: Hoc diserte expressum est *in l. 1. §.9. Digest. de acquir. poss. Cæterum*, inquit Paulus, *& ille per quem volumus possidere talis esse debet vt habeat intellectum possidendi: Et ideo si furiosum seruum miseris vt possideas, nequaquam videris apprehendisse possessionem.*

2. Vt illi non suo sed nostro nomine possessionem acquirere velint: Hoc ipsum quoque expressum est *in ead. l.1. §. 19. Hæc quæ de seruis diximus ita se habent, si & ipsi velint nobis acquirere possessionem. Nam si iubeat seruum suum possidere & is eo animo intret in possessionem, vt nolit tibi, sed potius Titio adquirere, non est tibi adquisita possessio.* Et in sequenti §.20. *per procuratorem tutorem curatoremue possessio nobis acquiritur. Cum autem suo nomine nacti fuerint possessionem, non cum ea mente vt operam suam duntaxat accommodarent nobis, non possunt acquirere: Alioquin si dicamus per eos non adquiri nobis possessionem qui nostro nomine accipiunt, futurum vt neque is possideat, cui res tradita sit, quia non habeat animum possidentis, neque is qui tradiderit, quoniam cesserit possessionem.*

3. Vt etiam voluntate nostra acquirant: Nec obstat quod dicitur etiam ignorantibus nobis possessionem acquiri *l.1.Digest.de acquir.poss.§.5.I. per quas person.nob.acquir.*

Nam hoc ita accipiendum est vt mandatum nostrum vel iussus præcesserit atque ab initio ea mente fuerimus vt possessio nobis acquireretur: Id quod ex *l.1.§ item acquirimus.l quicquid.l.peregre §.1.Digest.de acquir.poss.l.iusto §.vlt.ff. de vsur.* satis perspicue colligi potest, dum ibi possessionem nobis non nisi volentibus acquiri aperte sancitur.

Lit. C.

Quæ. 21. An per servum fugitivum possessio acquiratur domino?

Per servos proinde nostros possessionem nobis acquiri indubitatum est & constat ex *l.1.§.5.6.§.7.8.& sequent. ff. de acquir.poss.*

Quæritur autem primo de servo qui in fuga est vtrum etiam nobis per eum possessio acquiratur? Videbatur hoc prima fronte negandum per textum expressum *in l.si servus.ff.de public. in rem act.* vbi Pomponius scribit. *Si servo qui in fuga est, res sit tradita, publicianam competere domino,licet possessionem rei traditæ per eum nactus non sit.* Ecce his verbis diserte negat ICtus quod dominus per servum fugitiuum possessionem nanciscatur.

2. Huc præterea facit *l.servi & filii ff de furt.* vbi dicitur servum fugitiuum possideri tantum ad vsucapionem; Vnde sequitur quod cum servus, qui in fuga est, non plene à domino possideatur, nec possessionem domino acquirat.

Cæterum quæstio hæc disertis verbis decisa est *in l.1.§ 14.ff.de acquir.poss.* vbi ita scribitur: *Per servum qui in fuga sit nihil posse nos possidere, Nerua filius ait, licet respondeatur, quandiu ab alio non possidetur, à nobis eum possideri; ideoq; interim etiam vsucapi. Sed vtilitatis causa receptum est, vt impleatur vsucapio, quandiu nemo nactus sit eius possessionem: Possessionem autem per eum acquiri, sicut per eos, quos in prouincia habemus, Cassij & Iuliani sententia est.*

Considerandа proinde est *d.l.si servus. ff.de public.in rem act.* in contrarium adducta. Et quidem Vdalricus Zasius se nec dum habuisse difficilius contrarium, ingenue profitetur *in d.l.1.§.14.n.5.* nec aliter quam hac diuinatione tolli posse existimat, quod *d.l si servus.* seruus tem sibi traditam noluerit domino acquiri.

Iacobus Cuiac. *in comm.ad d l. 1. §. 14.* ait obiectam *l.si servus,* nostram potius sententiam probare quia præsupponat servum fugitiuum, rerum, quas parat sibi in fuga, possessionem ciuilem domino acquirere, quia rei, quam servus fugitiuus emit & accepit à non domino, domino servi defert publicianam actionem.

Sed Francisc. Duaren. *in d.§ 14.ait:in d. l. si servus.* hoc non dici quod per servum fugitiuum possessio non possit acquiri domino: sed hoc solum asseri quod publiciana actio domino competat etiam eo casu, quo possessio non acquiritur per servum, qui in fuga est: Sunt enim certi casus, quibus servus fugitiuus possessionem domino non acquirit: Vnus est *in d.l.1 §.14.* si nempe servus fugitiuus ab alio fuerit possessus: secundus est *in l.3.§.si servus.* quando nempe servus proclamat ad libertatem & diu in libertate est moraturus.

Ad *l.servi & filii ff. de furt.* varia est responsio: primo n. Glossa respondet *d.l. 1. §. 14. ff.de acquir. poss.* loqui de domino servi, & ab hoc fugitiuum servum indefinite ad quascunque causas possideri: At *l.si servi.* loqui non de domino, sed de bonæ fidei possessore, qui dominus non est, id quod colligit ex vsucapione, quia non egeret, si dominus foret.

Cæterum Aretinus hanc Glossæ conciliationem improbat ex hac ratione, quam Æmyl. Ferretus concludentem appellat, quod in acquirendo par sit causa fructuarii & bonæ fidei possessoris *§ idem placet. I. per quas person. nob. acq. ir.* fructuarius autem retineat eandem possessionem, quam habet dominus *l. arboribus.§ de illo.ff de vsufruct.* Eandem igitur habeat bonæ fidei possessor.

Secundo respondet Glossa, *in d.l.si servi* dictionem taxatiuam non excludere cætera possessionum commoda, sed causas noxales.

Veruntamen Æmyl. Ferret. *in d. §. 14.* hanc quoque improbat quia absurdus foret sensus: *solum prodest ad vsucapionem: Ergo prodest ad alia, exceptis noxalibus.* Nam si sola noxalia excluduntur, *tantum* coniungere oportuit noxalibus, non autem vsu-

vsucapionibus, ait Ferretus. ipse proinde respondendum putat, *possessionem in d. l. si serui.* non significare possessionem naturalem aut ciuilem, sed detentionem, sicut & alibi possessionis verbo detentio corporalis significatur *l. Cum heredes. ff. de acquir. poss.*

Iacobus Cuiacius ait *in d. l. si serui.* ICtum respicere ad id quod extra omnium controuersiam erat, quod constabat inter omnes, vel ad vsucapionem saltem fugitiuum possideri.

Hubertus Giphan. ait, quod *in d. l. si serui.* dicitur possessionem domini proficere solum ad vsucapionem, id non ita stricte accipiendum, quin idem etiam verum sit in aliis casibus similibus, id est ad acquisitionem pertinentibus, qualis est vsucapio: Nam particulæ, vt vocant taxatiuæ, non excludunt similes casus in iure expressos.

Seruus proinde fugitiuus possessionem acquirit domino illarum rerum, quæ ipsi, dum in fuga est, traduntur; Et quidem possessionem acquirit non solum ad vsucapionem, sed ad cætera quoque possessionis commoda.

Quod tamen ipsum sic limitandum dicit Zasius vt procedat quando serui fugitiui hæc est voluntas, vt quod domino suo acquirere possessionem velit. *d. l. 1. § hac qua de seruu. D gest. de acquir. poss.*

Quæst. 22. *An per seruum corporaliter pigneratum acquiratur possessio creditori?*

De seruo corporaliter pignori dato, vtrumne possessionem acquirat debitori, cui oppigneratus est, quæritur? Et extat huius quæstionis aperta decisio *in l. 1. §. 5. ff. de acquir. vel amitt. poss.* Cuius hæc sunt verba: *per seruum corporaliter pignori datum non adquirere nos possessionem Iulianus ait: Ad vnam enim tantum causam videri eum à debitore possideri: Ad vsucapionem: Nec creditori quia nec stipulatione, nec vllo alio modo per eum acquirat, quamuis eum possideat.* Negat proinde præcise Paulus ICtus quod per seruum pignori datum creditori possessio acquiratur.

Rationem huius istam adducit Giphanius, quod, etsi creditor seruum possideat, non tamen eum possideat animo domini, verum nomine alieno, videlicet debitoris, vtpote domini. *l. si seruum. 22. §. 1. ff. de noxal. act. l. quæcunque. 13. §. 1. ff. de public. in rem act.* omnis vero acquisitio, siue dominii, siue possessionis siue obligationis & actionis maxime domino, quoad seruos attinet: itaque creditor quia non est dominus serui sibi pignerati, nihil per eum acquirit, neque dominium neque possessionem.

Iacobus Cuiac. *in comm. ad d. l. 1. §. 15. ff. de acquir. vel amitt. poss.* & Duarenus ibid. causam huius istam assignant, quod in contractu pignoris hoc inter debitorem & creditorem agatur vt nihil per eum seruum creditorem, acquiratur, sed vt seruus tantum sit apud eum pro contractus principalis fide & restituendi crediti vinculo in securitatem creditoris *l. legata. §. vltim. ff. de suppellect. legat. §. vltim. I. de obligat. quæ re contrahunt.* Quod adeo verum esse Cuiacius ait, vt nec creditori ex re eius, vel ex suis operis seruus pignoratus quicquam acquirat.

Posset fortassis non improbabiliter & hæc ratio reddi, quod acquisitio rerum fructus quidam sit seruorum *argum. §. 4. I. per quas person. nob. acquir.* rerum autem pigneratarum fructus non spectet ad creditorem; adeo vt si pignore vtatur furtum committat §. *6. de obligat. quæ ex delict. nascunt.*

Sed nec debitori ac domino suo possessionē acquirit seruus alteri oppigneratus *d. l. 1. §. 15. ff. de acquir. poss.* vnica vsucapionis causa excepta est, ad quam implendam debitorem pignus possidere placuit; idque ideo quia vsucapio est acquisitio dominii & proinde procedit

 debitori

seruus est prælegatus. Per hunc seruum, qui fuit testatoris, & proinde est hereditarius, potest hic alter heres, cui perlegatus est acquirere possessionem fundi hereditarii. Alter casus est iste: Testator me instituit heredem: Habebam autem ego seruum communē cum testatore. Mortuo iā testatore, ego heres eius per illum seruum possum iubere adire hereditatem, qui tamen seruus est hereditarius quia fuerat testatoris. Et insuper d cor etiam per seruum communem adire hereditatem: Sic n. ICus ait: Si seruū communem iussero adire hereditatem: Vnde sequitur quod heres potest per seruum adire & acquirere hereditatem.

Sed huic obiectioni satisfacit etiam Giphan. Et quidem ad priorem casum respondet: Etsi seruus, de quo ibi proponitur fuerit testatoris, non tamen omni ex parte hereditariū esse huic alteri heredi, sed tantum pro ea parte pro qua ipse heres est, nō v. pro ea parte, qua ipse non est heres sed alter est coheres, pro hac enim parte, pro qua alter est coheres hūc seruum ad eum cui prælegatus est, non pertinere iure hereditario, sed iure legati; idque ideo quia heredi à se ipso legari non potest; pro hac igitur solum parte qua hic seruus ad eum, cui legatus est, pertinet iure legati, pro ea, inquam, parte acquiretur possessio heredi: pro altera, qua ad eum, cui prælegatus est, pertinet iure hereditario, non acquiritur. Et hoc est, quod ait, *propter partem, quam ex causa legati habet*. Ad secundum casum respondit idem Giphan. Vulgo quidem ita poni speciem vt ibi heres institutus sit, non ipse seruus cōmunis, sed dominus alter ex sociis: Verū quod communis seruus heres institutus fuerit satis verba textus indicare. |Quod porro dicitur seruos possessionē nobis acquirere; Hoc sic intelligendū est vt scientibus nobis ac volentibus possessionem acquirant, non ignorantibus ac inuitis *l. 1. §. 5. l. quicquid. l. peregre. §. 1. ff. de acquir. possess.*

Quæ. 24. *An serui acquirant inuitis etiā & ignorantibus dominis?*

Ratio a. huius est perspicua: hæc videlicet, ꝙ nemo ignorans possessionem acquirat, cū ad possessionis acquisitionem corpus & animus requiruntur *l. 3. §. 1. ff. de acquir. poss.* Iam vero ꝙ quis per se non acquirit ignorans, id per seruū quoq; non acquiret ignorans: Quandoquidē ꝙ seruus posset acquirere, id habet à domino: hic ergo si non potest acquirere, ne seruus quidem poterit: possessionē vero, vt dictū est nemo per se ignorans acquirit. Igitur nec p seruū eā acquiret ignorans. Giph. *ad d. §. 5.* Cū quo cōuenit ꝙ Donel. ait, naturā & cōditionē possessionis efficere vt p seruos nobis inuitis & ignorātibus acquiri nō possit, quia nō acquiratur possessio nisi corpore & animo *d. l. 3. §. 1.* sed corpore ita vt possit acquiri tum nostro, tū alieno, cuius ministerio in hac re vtimur *d. l. peregre §. 1.* At animo nō nisi nostro, quia velle nō possumus alieno.

Sed obiicitur huic textus *in §. item nobis acquiritur. I. per quas person. nob. acquir.* Nam ibi Iustinianus dicit domino per seruū etiam ignoranti & inuiti acquir. Et subiicit postea, non tantum acquiri proprietatem per seruos, sed etiam possessionē vnde dicendū est ex quacunque causa non tantū ex causa peculiari nobis possessionem inuitis per seruos acquiri.

Respondet ad hanc obiectionē Duarenus Iustinianū, cū dicit per seruū domino etiā ignoranti & inuito acquiri, de dominii & nō possessionis acquisitione loqui: Duo siquidē proponit Iustinianus. 1. per seruos nostros nobis etiā inuitis & ignorantibus acquiri. 2. Ius non tantum dominii per seruū sed etiā possessionem acquiri: In hoc autē posteriori verba *inuitis & ignorantibus* nō reperiūtur: Quod igitur prius dixerat inuitis & ignorantibus p seruos nobis acquiri, hoc non ad possessionē, sed dominiū referri debet.

Opponitur deinceps *l. 34. § seruus ff. de acq. poss.* vbi dicitur seru⁹ domino acquirere ignorāti, nec additur in re peculiari.

Recte Giphanius respondet, sæpe quid in vno loco dici simpliciter & absolute, quod tamen ex alio loco distinctionem recipit: hanc proinde legem cum cæteris iuris textibus, in quibus, excepta peculii causa, possessio diserte negatur ignorantibus nobis per seruos acquiri, conferri, & exinde ad acquisitionem ex re peculiari necessario restringi oportet.

Adducitur etiam in medium *l. quod seruus 24. ff. de acquir. poss.* vbi itidem dicitur seruum, qui in nostra potestate est, ignorantibus nobis iustam possessionem acquirere posse.

Respondet Hubertus Giphanius hoc dictum etiam de peculiari causa intelligendum esse vt demonstret versic. statim subiunctus; *sicut id quod ex peculio.* Et notat Duaren. particulam istam *sicut* ibi non habere vim & significationem comparatiuam, sed esse paradigmaticam & demonstratiuam; ita vt exemplum eius, quod prius dictum erat, demonstret.

Obiicitur etiam *l. Nunquam 31. §. si seruus. ff. de vsurpat. & vsucap.* vbi dominus per seruum dicitur ignorans possidere, vel etiam vsucapere, siue peculiari nomine, siue meo, id est domini nomine rem teneat seruus.

Sed Giphanius respondet, ibi quæstionem principalem hanc esse, an dominus, qui per seruum possidere & vsucapere cœperat, postea desinat possidere & vsucapere propter furorem superuenientem serui: Et dicere non desinere, sed potius remanere possessionem penes dominũ & procedere vsucapionẽ nec eam interrumpi furore serui. Et rationem esse quia furor est facti & proinde non interrumpit vsucapionem quæ est iuris. *l. bonæ fidei 48. §. ff. de acquir. dom.*

Non autem ibi quæri an dominus per seruum possideat ignorans aut sciens in re peculiari aut dominica. Et quod fit mentio ignorantis id factum esse propter verbum peculiari, quo illud duntaxat referri debeat.

Non refragatur porro quod dominium ignoranti acquiritur ex omni causa per seruum; vnde concludunt quod possessio quoque ex omni causa per seruum etiam ignoranti acquiratur.

Etenim diuersissima est ratio dominii & possessionis: Dominium enim iuris est, possessio facti & animi, & proinde dominium acquiritur etiam inuito & furioso; possessio vero non item.

Postremo ad rem nihil facit quod per procuratorem possessio ignoranti acquiritur *l. 1. C. de acquir. poss.*

Respondet enim Giphanius hoc in procuratore vtilitatis causa receptum esse *l. 8. C. de acquir. poss.* Quæ autem vtilitatis causa recepta sunt, ad consequentiam produci non debent. *l. 14. Digest. de legib. l. quod contra Digest. de Reg. iur.*

Franciscus Duarenus ait dissimilem esse rationem procuratoris & serui propter mandatum, quod procurator habet: Hoc enim facit vt procurator nobis non nisi volentibus acquirat; quia siue specialiter ei mandauimus de re certa, siue generaliter, vt negotia nostra gereret, nobis acquiritur volentibus: At hoc mandatum deficit in seruis, Donell. *5. comm. 8.*

Relinquitur proinde quod possessio rerum per seruum nobis non acquiratur. Excipitur res peculiaris, hoc est ea res, quæ peculiariter, seu ex causa peculii à seruis tenetur quicquid enim ex ea acquiritur, eius possessio acquiritur domino, etiam ignoranti. traditum hoc multis in locis, præsertim vero *in l. 1. §. acquirimus, l. quicquid. l. peregre §. 1. ff. de acquir. poss.*

Quinetiam pro eadem sententia textus est apertissimus *in l. 3 §. 12. ff. d tit.* quo in loco Paulus ita scribit: *Cæterum animo nostro, corpore etiã alieno possidemus, sicut diximus per colonum & seruum. Nec mouere nos*

debet

debet quod res quasdam etiam ignorantes possidemus, id est quas serui peculiariter parauerunt: Nam videmus eas eorundem & animo & corpore possideri.

Ratio huius exceptionis expressa est in legibus præcitatis: serui quippe intelliguntur voluntate nostra peculiũ possidere, quibus peculium habere permisimus: Vnde si quid inde acquirunt, eius possessionem intelliguntur nobis scientibus acquirere Donell. *d.c.8.*

Additur huic & ista ratio quod peculio acquirens seruus, videtur iuris subtilitate sibi acquirere & non domino: quia peculium est quasi pupillum serui patrimonium, ac proinde serui voluntas & animus in eo maxime spectatur *l.2.§.si seruus 7.& seq. ff. pro emptor.*

Lit. D. Acquiritur porro nobis possessio per seruos alienos bona fide à nobis possessos, itemque per homines liberos, qui bona fide à nobis possidentur. *l.1.§.6. ff. de acquir poss.* quæ ita habet: *Sed & per eum quem bona fide possidemus, quamuis alienus sit, vel liber, possessionem acquirimus* Veruntamen sicut per hos dominium acquiritur nobis saltem duabus ex causis, Ex re videlicet nostra & operis illorum *l. acquiruntur.10.§. idem placet.4. ff. de acqui. dom.§.4. I. per quas person. nob. acquir.* ita quoque ex iisdem duabus saltem causis per eos possessio nobis acquiritur. Etenim quæ ratio in dominio, eadem in possessione obtinet; quod nempe bona fides tantum præstet, quantum veritas. *l.136. ff. de Reg. Iur.*

Sed per seruum fructuarium possessionem nobis acquiri, textus est expressus *in §. per eum. 3. d. I.1.* vbi dicitur, *per eum, in quo vsumfructum habemus possidere possumus, sicut ex operis suis adquirere nobis solet. Nec ad rem pertinet quod ipsum non possidemus: Nam nec filium.*

Ratio autem huius nemini potest esse obscura: fructus enim quidam est seruorum, rerum ista acquisitio: Ad vsufructuarium vero pertinent fructus rei fructuariæ.

Nec obstat quod fructuarius seruum fructuarium non possidet: Vnde dicendum videbatur quod nec per seruum fructuarium possessio acquiritur vsufructuario.

Etenim axioma hoc falsissimum est, quod per eos, quos non possidemus, possessio acquiratur; idque ipsum refellit Paulus exemplo filii: Hunc enim pater non possidet qui a liber homo est: & tamen per filium possessio patri acquiritur. Deinde quamuis fructuarius hunc seruum ciuiliter non possidet, tamen eam possidet naturaliter *l.12.l.49. ff. de acquir. poss.* Giphan. & Duarenus *ad d.l. 1.§.8.*

Lit. E. Quæst. 25. *An & quomodo possessio per procuratorem acquiratur?*

Per Procuratorem acquiri nobis possessionem, expeditum est, & satis aperte asseritur *in § 5. I. per quas person. nob. acquir.* in verb. *Et hoc est, quod dicitur per extraneam personam nihil nobis acquiri posse, excepto eo quod per liberam personam veluti per procuratorem, placet non solum scientibus, sed etiam ignorantibus vobis acquiri possessionem secundum Diui Seueri constitutionem & per hanc etiam possessionem dominium, &c.* Hæc porro constitutio D. Seueri extat *in l.1.C. per quas person. nob. acquir.* cuius verba hæc sunt: *Per liberam personam ignoranti quoque acquiri possessionem & postquam scientia interuenerit, vsucapionis conditionem inchoari posse, tam ratione vtilitatis, quam iuris prudentia receptum est.*

Et hoc quidem indubitate procedit quando procurator speciale habet mandatum de possessione domino acquirenda. An vero idem est, si generale habuerit mandatum cum libera? Et dubitandum existimo quin hic possessionem domino etiam sine speciali mandatu acquirat; quandoquidem procuratori cum libera omnia ea concessa intelliguntur; quę speciale desiderant mandatũ, vt colligitur ex *l.58. ff. de procurat. l.60. ff. mandati.*

Et cum hic sine speciali mandatu alienare possit §. *Nihil. Inst. de rer. diuis. l. 9. §. 4. Digest. de acquir. dom.* cur non etiam posset acquirere domino. Quin etsi generale solum mandatum sine libera habuerit nihilo tamen minus ipsum domino possessionem acquirere arbitror; Idque etiam haud obscure ex eo colligi existimo, quod *in d. l. 1. §. 20. Digest. hoc tit.* generali: et dicitur per procuratorem acquiri nobis possessionem, nec additur si liberam habuerit bonorum administrationem.

Obiter ac incidenter quæstionem istam controuersam attingit Treutler. noster. vtrum procurator cum libera sit diuersus à procuratore totorum bonorum? Quæ controuersia cum non ita expeditam habet decisionem idcirco operæ precium erit hoc in loco eam considerare.

Et sane Hugo Donellus 4 *comm. 15.* Hubertus Giphanius & Vaudus *1. quæst. 47.* statuunt diuisionem istam, qua procurator diuiditur in eum qui generale habet mandatum, & illum qui mandatum habet cum libera esse ab interpretibus confictam, nec vllum in iure fundamentum habere.

Sed ab illis non possum non dissentire.

1. Primo enim satis superque constat, procuratorem cum libera posse res quascunq; alienare, etiam sine speciali mandatu: Sic enim ICtus *in l. 9. §. 4. ff. de acquir. rer. dom. Nihil interest*, inquit, *vtrum ipse dominus per se tradat alicui rem, an voluntate eius alius. Qua ratione si cui libera negotiorum administratio ab eo, qui peregre proficiscitur, permissa fuerit & is ex negotiis rem vendiderit & tradiderit, facit eam accipientis.* Id quod idem *in §. qua ratione I. de Rer. diuis.* Iustinianus clare ac totidem verbis expressit. Et Paulus *in l. 58. ff de procur.* procuratori cum libera constituto permittit rem domino permutare: *procurator*, inquiens, *cui generaliter administratio commissa est potest exigere, aliud pro alio permutare.* Atqui permutare est alienare *l. 1. ff. de rer. permutat.* proinde procurator vniuersorum bonorum cum libera potest sine speciali mandatu quasuis res indistincte alienare. Procurator porro totorum bonorum, sine libera, non potest absq; speciali mandatu quicquam alienare, pater fructus & ea, quæ seruando seruari non possunt *l. 63. ff. de procurat.* Procurator itaq; cum libera & sine libera non sunt idem.

2. Accedit huic argumento & ista ratio quod infinitis prope in locis iuris nostri expressa fiat mentio procuratoris cum libera, h. e. eius procuratoris, cui libera vniuersorum bonorum administratio permissa est, vt *in §. qua ratione I. de rerum diuis. l. 9. §. 4 ff. de acquir. dom. l. 58. ff. de procurat. l. si liberam, C. quod cum eo. cap. 4. de procurat. in sext.* Hoc vero otiose ac frustra, si id non distinctionis gratia fieret quo scilicet inter procuratorem cum libera & sine libera distinguatur ac discrimen aliquod constituatur.

3. Præterea res ipsa loquitur, quod hæc diuersa sint, alicui vniuersorum bonorum administrationem cõmittere, & alicui *liberam* bonorum administrationem demandare. Et quod alicui demandare possit administratio omnium bonorum, sic tamen vt ei non demandetur libera bonorum administratio, certum & indubitatum esse videtur, vt satis ostendit textus *in l. 60. ff. mandat.* in quo formula mandati cum libera proponitur & quid huiusmodi in se contineat mandatum exponitur: Hoc nempe quod cui libera bonorum administratio commissa est, is omnia facere possit, quæ ipsi domino permittuntur.

4. Mandato generali vniuersorum bonorum non continetur potestas transigendi *l. 60. ff. de procurat.* vbi Paulus hoc modo scribit: *Mandato generali non contineri etiam transactionem decidendi causa interpositam, & ideo si postea is, qui mandauit transactionem ratam non habuit, non posse*

cum-

rum repelli ab actionibus exercendis. Atqui constat procuratorẽ cum libera posse sine speciali mandato transigere, ex *cap. 4. de procurat. in sext.* vbi Pontifex ait, *procurator quoq; absque speciali mandato iuramẽtum deferre vel pacisci potest, nisi ei bonorum vel causæ administratio libere sit concessa.*

Relinquitur proinde ex his, procuratorẽ vniuersorũ bonorũ recte diuidi in procuratorem cum libera & sine libera.

Non refragatur huic sententiæ, quod vniuersorum bonorum administratio, quãuis simpliciter commissa, nihilominus intelligatur libera esse mandata, quia alioquin non posset esse vniuersorum bonorum si eam non liceret exercere in rebus omnibus.

℞ Nulla quippe est consequẽtia in hoc Donelli argumento: Nec enim sequitur liberam non habet potestatem administrandi bona: Ergo non habet administrationẽ vniuersorum bonorum. Item habet vniuersorum bonorum administrationẽ. Ergo habet liberã administrationẽ. Plus enim in conclusione est, quã in præmissis, quoniam administrationẽ vniuersorum bonorum esse potest, quæ tamen non sit libera administratio: Sicenim vniuersa bona mea alicui administranda mandare possum, vt tamen ei liberam administrationem non committam.

Non resistit etiã quod constet certam & indubitatam rei gerendæ potestatem eum accipere cui specialiter quid mandatum est, & mandatum non egreditur, & quidem multo certius quam si administratio, verbo *generaliter* adiecto data esset, & tamen vbique cõparantur procurator, cui specialiter quid mandatum est & procurator vniuersorum bonorum, seu rerum omnium *l. iusiurandum § vlt. ff. de iureiurand. l. 1 § vlt. ff. de pign. act. l. nam & nocere ff. de pact.* Quod certo argumento esse videtur non plus eum accipere cui administratio, quamuis libera esset permissa.

℞ Hoc inquam, nõ obstat: Nam ad hoc Donelli argumentum respondendum est procuratorem vniuersorum bonorum, quotiens cum procuratore comparatur speciale mandatum habente, toties ꝑ procuratorem vniuersorum bonorum eum intelligendum esse, qui liberum habet sibi demandatam administrationem, & quanquam leges adductę generaliter de vniuersorum bonorum procuratore loquãtur, non vero in specie de eo, qui liberam habuerit administrationem bonorum, ex collatione tamen *c. 4. de procurat. in sext.* cum adductis textibus facta, liquido patescit quod de procuratore cum libera, & non de alio intelligi debeant. Sic enim illic pontifex: *Procurator quoque absque speciali mandato iuramentum deferre, transigere vel pacisci non potest, nisi ei bonorum vel causæ administratio libere sit concessa.* Et maxime prædicti textus, generaliter & indistincte loquentes, restringi debent ad eum procuratorem, cui expresse libera administratio commissa est ex *l. 60. ff. mandat.*

Denique non aduersatur quod præterea Donellus obiicit, verbum *libere* nunquam facere vt procuratori res domini pro arbitrio alienare liceat: Libera enim administratio non desinit esse administratio: pugnat autem cum administratione rerum non tantum eas donare & perdere, vt est *in l. filiusfam. Digest. de donat.* sed etiam res alienare, vbi non expedit: Administratione enim concessa res sunt administrandæ datæ: Qui autem alienauit, desinit habere quod administret. Postremo recte hoc sibi opponuntur, alienare & recte gerere *in l. 1. Digest. de offic. proc. cæsar.*

Resp. Hoc in quã, obiecto nõ moueor: Nec enim putandum est mandati istius

cum libera hanc esse vim vt procuratori concedat pro suo lubitu grassari in bona domini, eaque pro suo lubitu distrahere & alienare, quantumuis hoc domino futurum sit detrimentosum, sed concedere solum potestatem bona sine alio speciali & expresso domini mandatu alienandi, si hoc è re domini visum fuerit: Nam sic & dominus interdum peculii liberam administrationem seruis concedere solet. *l. si liberam. C. quod cum eo.* vbi certe dictu absurdum foret, seruo concessam potestatem distrahendi bona peculiaria pro suo, & tunc etiam cum id non fuerit vtile sed damnosum domino. Quocirca qui liberam habet potestatem administrandi bona domini, is non aliter intelligitur bona alienare posse ex mandatu, quam si alienatio commodo sit cessura domino, cum is, cui libera administratio concessa non est, ne tunc quidem alienare possit, cum profutura est alienatio domino. Quocirca administrate & recte gerere sibi opponuntur *in d. l. 1.* quia procuratori Cæsaris alienatio non est concessa, sed expresse adempta Deinde alienare opponitur recte gerere, si alienatio fiat citra necessitatem nec vlla domini vtilitate suadente.

Quæ. 26. *An municipium, vniuersitas vel ciuitas possessionem acquirere possit?*

De municipio vel ciuitate, vtrum possit possidere, itidem quæritur? Quæ quæstio proponitur & tractatur. *in l. 1. §. vlt. & seq. ff. de acquir. poss.* Illic hoc modo scribitur: *Municipes per se nihil possidere possunt, quia vniuersi consentire non possunt: Forum autem & basilicam hisque similia non possident, sed promiscue his vtuntur. Sed Neruа filius ait per seruum, quæ peculiariter acquisierint & possidere & vsucapere posse, sed quidam contra putant, quoniam ipsos seruos non possideant. Sed hoc iure vtimur vt & possidere & vsucapere municipes possint; idque eis & per seruum & per liberam personam acquiratur.*

Ecce hic primo dicitur, Municipes possidere non posse: Ratio subiungitur hæc, quod possessio acquiratur non solum corpore, sed etiam animo *l. 3. § 1. ff. de acquir. poss.* At neutrum horum est in Municipio vel ciuitate, quia ciuitas est imaginaria quædam persona, ex singulis ciuibus, qui sunt in ciuitate, conflata: Imaginaria autem persona & corpore & animo destituitur. Deinde quod non est in rerum natura, sed intelligitur tantum nihil omnino agere potest. Recte proinde & perspicua ratione conclusum est à Paulo ICto, Municipes per se possidere possessionemque adipisci non posse.

Nec huic obstat textus *in l. Tigni. 7. §. item Municipes, ff. ad exhib.* in quo Vlpianus hæc in verba scribit: *Item municipes ad exhibendum conueniri possunt, quia facultas est restituendi: Nam & possidere & vsucapere eos posse constat: Item & in collegiis cæterisque corporibus dicendum erit.*

Resp. etenim hoc secundum *d. l. 1. & 2.* ita accipiendum est vt municipium per se quidem possidere non possint, possint tamen possessionem per seruos & administratores acquirere.

Nam Municipium per seruos possidere receptum esse, testantur Paulus & Vlpianus *in d. l. 1. & 2.*

Neque obstat huic quod plerumque possessionem per eum duntaxat acquirimus, qui à nobis possidetur *d. l. 1. §. sed & per eum. & §. per seruum. ff. de acquir. poss.* Idem quod seruus, cuius dominus ipse acquirere possessionem non potest, nequeat possessionem adipisci, quia quod seruus acquirere potest, id ex domini persona habet. Iam vero municipes ipsos non posse possidere, dictum est. Proinde nec possessionem per seruos sibi acquirere posse concludendum videtur. Item quod etsi alieno corpore acquiri possessio queat, alieno tamen animo nequeat acquiri. Municipium vero animum non habeat, proinde per alios acquirere possessionem non possint.

Hæc

Hæc, inquam, non obstant: procedunt enim & vera sunt iuris subtilitate inspecta: Vtilitatis tamen causa aliud receptum esse docet Vlpian. *in d.l.1.* At subtilitatem nihili facimus contra vtilitatem hominum, inquit Duarenus ad *d. l. 1. §. final.* Sic enim & vtilitatis causa, neglecta iuris subtilitate receptũ est quod conueniri possunt municipes in iudicio: item quod possunt bonorum possessionem agnoscere si aliqua successio ipsis delata sit *l.3. ff. de bonor. poss.* Quamuis subtilitate iuris inspecta consentire nequeant.

Deinde & illud obseruandum est, axioma istud quod per eos possessio non acquiratur, quos non possidemus, non esse perpetuum nec vniuersale, ipso Paulo ICto teste *in d.l.1. §.8.*

Postremo notandum est à ciuitate, municipio & quauis vniuersitate singulos ciues, municipes & ex quibus vniuersitas colligitur, plurimum differre, Idque intelligitur ex *l. in tantum. 6. §. vniuersitatis ff. de rer. diuis.* accurate res vniuersitatis discernuntur ab his, quæ sunt singulorum. Et *in l. sed si hac lege §. qui manumittitur. ff. de in ius vocand. Qui manumittitur*, inquit Vlpianus, *à ciuitate, singulorum ciuium libertus non est, ideoque singulos ciues potest sine permissu prætoris in ius vocare.* Hinc quod ciuitas debet, non debent singuli ciues, vt i.d., quod debetur ciuitati, non debetur singulis ciuibus *l. 70. ff. de iudic. Duaren. d. loco.*

RESOLVTIO THESIS *Quarta.*

DE possessionis acquisitione hactenus satis dictum est, sequitur nunc vt videamus quibus modis possessio legitime acquisita retineatur.

Et Primo quidem certum est possessionẽ animo & corpore simul retineri, cum enim vtroque simul acquiratur, multo facilius vtroque simul retinebitur: cum quid facilius retineamus acquisitum, quam ab initio acquiramus. quin & solo animo possessionem retineri certum est. Nam ita Impp. Dioclet. & Maxim. *in l.4. C. de acquir. poss.* hac de re scribunt: *Licet possessio nudo animo acquiri non possit, tamen solo animo retineri potest: Si ergo prædiorum desertam possessionem, non derelinquendi affectione transacto tempore non coluisti, sed metus necessitate culturam eorum distulisti, præiudicium tibi ex transmissi temporis iniuria generari non potest.*

Sed huic obiicitur *l. Clam. 6. §. vltim. & l. sequent l.3. §. 6. ff. de acquir. poss.* vnde colligitur quod possessio solo terrore & metu amittitur, ita, si ad fundum ab alio forte occupatum & inuasum dominus metu, ne fortassis repellatur, accedere non ausit. Falsum proinde est solo animo possessionem retineri. *Quæ. 27. An possessio corpore & animo simul retineatur?*

Sed Duarenus *in l.3. §. In amittenda. ff. de acquir. poss.* & post eum Giphanius *in l. 4. C. de acquir. & retin. poss.* respondent in casu nostro, vt & d.l.4. fundum à nemine fuisse occupatum, sed metu belli aut alio terrore vt inundationis &c. coactũ omisisse culturam. At in obiectis legibus fundum ab hoste vel latronibus fuisse occupatum, quo casu si possessor deterritus non vult accedere ad domum suam recte dicitur possessionem amisisse. Quia cum timore latronũ conterritus fuerit vt ad domum suam ausus non fuerit accedere, credibile est eum animum possidendi amisisse.

Denique retineri potest possessio animo nostro & corpore alieno: Nam sic & possessionem nobis acquiri hactenus sæpe ostensum est. Et hæc sententia est Gaii ICti *in l. 9. ff. hoc tit.* vbi ait: *Generaliter quisquis omnino nostro nomine sit in possessione, veluti procurator, hospes, amicus, nos possidere videmur.* Id quod & in Colono, inquilino, commodatario, depositario æque

æque obtinere, negari nō poteſt ac probat l. ſi is quod. 25. § 1. l. 30. §. per colonum & §. ſi ego l. 31. l. 32. in pr. & §. 1. l. 37. & l. 40 pr. & § 1. ff. de acquir. poſſ.

Commode autem hic monet Glph. acquiſitionem poſſeſſionis ab eiuſdem retentione differre eo, quod poſſeſſio per liberam perſonam, excepto procuratore non poteſt acquiri, At per liberam perſonam veluti inquilinum colonum, &c. retineri poſſeſſio poſſit. Differentiæ huius rationem iſtam adducit, quod facilius retineatur quid, quam acquiratur.

Hos porro omnes, de quibus dictum eſt quod per eos poſſeſſio retineatur, nō poſſidere, ſed in poſſeſſione duntaxat eſſe, perſpicuum eſt §. 5. I. de interdict. Et de depoſitario quod non poſſideat rem depoſitam expreſſus eſt textus in l. 17. ff. depoſiti.

Quær. 28. *An ſequeſter poſſideat?* Sed de ſequeſtro, an rem ſequeſtratam poſſideat, magna & inter Dd. concertatio: Quin & leges noſtræ ea de re diuerſimode loqui videntur.

Etenim pro ſententia videtur textus eſſe rotundus & perſpicuus in l. licet. 17. ff. depoſiti cuius verba hæc ſunt: *Rei depoſitæ proprietas apud deponentem manet, ſed & poſſeſſio, niſi apud ſequeſtrem depoſita eſt: Nam tum demum ſequeſter poſſidet: Id enim agitur ea depoſitione vt neutrius poſſeſſioni id tempus procedat.* Ex hoc textu deducunt Iacobus Cuiac. in paratitl. Cod. de ſequeſtr. & lib 9. obſeruat 33. Azo in ſumma de prohibita ſequeſtra. n 21 Hanneton. in proceſſu iuris tit. de ſequeſtrat. aiunt enim tibi Florentinum ICtum tres ponere differentias depoſiti & ſequeſtri.

1. Quod ſimplex depoſitum non tantum à pluribus verum etiam ab vno fieri poſſit: Sequeſtrum autem tantummodo à pluribus.

2. Quod in ſequeſtro quilibet cenſeatur depoſuiſſe in ſolidum: In ſimplici autem depoſito ſi plures interuenerint & rem communem depoſuerint quilibet pro ſua tantum portione videatur depoſuiſſe.

3. Quod in ſimplici depoſito non tantum proprietas ſed etiam poſſeſſio penes deponentem maneat, & non tantū proprietas in depoſitarium nō tranſeat, ſed nec poſſeſſio. Secus autem ſit in ſequeſtro ex quo in ſequeſtrum poſſeſſio transferatur. Putant proinde d l. licet, euinci quod indiſtincte poſſeſſio in ſequeſtrem tranſeat.

2. Pro eadem opinione adducunt quoque l vnic. in verb. transferenda C. vti poſſidet. quem textum de ſequeſtratione accipiendum omnino arbitrantur. Vnde etiam eo dicto probari autumant quod per ſequeſtrum poſſeſſio transferatur.

3. Allegant pro eadem opinione etiam tot. tit. extr. de ſequeſtrat. poſſ. & fruct. & Clementin. vnic. eod. tit. Vnde itidē perſpicue relucere aiunt quod poſſeſſio in ſequeſtrē ex ſequeſtro indiſtincte transferatur. Sunt deinde qui circa propoſitam quæſtionem diſtinguant inter voluntariam & neceſſariam ſequeſtrationem: Vt in illa quidē poſſeſſio in ſequeſtrem tranſeat & de ea intelligi debeat d. l. licet 17. depoſiti. In neceſſaria vero ſequeſtratione non item: Duplex enim eſt ſequeſtratio neceſſaria l. vnic. C. de prohib. ſequeſtrat. & voluntaria l. 110. ff. de verb ſignificat. Hæc conuentionalis dicitur, quia conuentione & conſenſu partium, ſiue litigantium fieri ſolet. Illa vero iudicialis, quia fit non ex conuentione partium, ſed iudicis iuſſu.

Confirmatur autem hæc ſententia eo quod & alias conſtet, actum voluntarium longe eſſe potentiorem neceſſario: ſic enim & nouatio voluntaria priorem obligationē perimit tot. tit. ff. & C. de Nouat. Neceſſaria vero non itē. & hanc diſtinctionem amplectuntur celebres admodum ICti & inter eos inprimis Andr. Gail. lib. 1. obſeru 5. n. 10. & obſeru. 148. n 9.

n.4. & in tractat. de Arrest.c. 12. n 6. & seq. Matth. Wesenb. *in paratit l. ff. deposit. n. 6.* Francisc. Aretin. *in c. examinat. de iudic.*

Denique sunt qui negent in sequestrem transire rei sequestratæ possessionem Nisi expresso partiũ consensu hoc actum fuerit vt possessio in sequestrem transiret. Siquidem hoc quod inter contrahentes specialiter & actum inprimis seruari & custodiri debet *l. 23. ff. de R. Iur.*

Confirmatur autem hæc sententia textu *l. 39. ff. de acquir. poss.* vbi Iulianus hoc modo scribit: *Interesse puto qua mente apud sequestrem deponitur res. Nam si omittenda possessionis causa & hoc aperte fuerit approbatum, ad vsucapionem possessio eius partibus non procederet: At si custodiæ causa deponatur, ad vsucapionem eam possessionem victori procedere constat.*

2. Corroboratur hæc eadem sententia etiam eo quod *in l. proprie 6. ff. depositi, dicitur sequestrum depositum esse quod à pluribus in solidum certa conditione custodiendum reddendumque traditur*: Dum enim ICtus inquit custodiendum, non possidendum, recte infertur & concluditur finem sequestrationis non esse possessionis translationem, sed custodiam rei, aliud autem esse possessionem & aliud custodiam rerum & obseruationem probat *l. 3. § fin ff. de acquir. possess. & l. 5. pr. vt in poss. legator. seruand.*

3. Insuper quod sequester regulariter non possideat etiam hæc ratio euincit; quod sequestrum reuera est species quædam depositi: Nullum autem sit depositum quod propria & genuina virtute atq; efficacia sine partium consensu & expressa conuentione possessionẽ in depositarium transferat. Cum ad solam custodiam pertineat depositum.

4. Præterea ad possessionis translationem requiritur habilis titulus *l. 77. §. pater pluribus ff. de legat. 2.* Atqui depositi titulus non est habilis vt per eum possessio transferri possit *l. proprie. ff. depositi.* Quocirca traditio ex depositi siue sequestri contractu in dubio non censebitur animo transferendæ possessionis sed custodiæ potius causa facta.

Et hanc opinionẽ, meo iudicio verissimam, defendunt Ioh. Coras. *3. Miscell. 2. n. 12.* Duar. *ad tit. C. deposit. 1. circa fin & 3. de benef. 10.* Hub. Giph. *in lectur. Altorph. ad d. l. 39. ff. de acq. poss.* Iac. Cuiac *ib.* Forner. *in l. sequester 109. de verb signif.* Andr. Clud. *in tract. de sequestr. c. 9. n. 18. & seqq.* Iohan. Gœdd. *c. 1. n. 115. cum sequent. de sequestrat. poss. & fruct.* Iulius Pacius *cent. 2. quæst. 80.*

Quod igitur ad primam Affirmatiuam opinionem attinet, puto illam lubricis admodum fundamentis niti:

Præcipuum enim consistit *in l. 17. ff depositi.* cuius varii admodum intellectus ab Interpp. nostris traduntur.

Etenim Ioh. Coras. scribit, Florent. illic de eiusmodi casu loqui quando non apparet vter ex litigatoribus possideat, sed vterq; contendit se possidere: Hic quippe si propter hanc incertitudinem sequestratio interponatur possessionem in sequestrem transire ait; idque verbis ICti vt neutrius possessioni id tempus procedat confirmari: Tunc enim possessionem, quæ antea dubia fuit & incerta nulli ereptam, sed potius sequestri, donec lis per sententiam finem accipiat commissam & concessam recte dici.

Sed hæc interpretatio displicet Andreæ Cludio propterea quod haud commode dici possit, vnum è possessoribus possessionem retinuisse, & facta sequestratione adhuc possidere, quando de ea nondum constat.

Hubertus Giphanius & alii plerique *d. l. 17.* interpretantur de eo casu, quo ea mente partes deposuerunt vt sequester possideret; quem intellectum ex verbis istis *id enim agitur ea depositione vt neutrius possessioni id tempus procedat, colligunt.*

Sed

Sed hanc interpretationem id aperte refellit quod apertissimum est eo in loco differentiam tradi simplicis depositi & sequestrationis, quod nempe deposito possessio non transferatur, ex sequestro transferatur: Iam vero dubitandum non est, quin sicut ex sequestro transit possessio ad sequestrum quando id inter deponentes expresse conuenit, ita quoque ex simplici deposito transeat possessio, si inter deponentem & depositarium hoc actum fuerit *arg. l. 7. §. 5. ff. de pact. & l. 23 ff. de Reg. Iur.* Et notandum est quod *versic. Id enim agitur, &c.* praecedentium rationem non vero limitationem contineat.

Mihi prae caeteris arridet Francisci Duareni & Andreae Cludii interpretatio qui *d. l. 17.* de ea interpretantur sequestratione, qua ipsa possessio litigiosa sequestrata est: vt hic sit legis sensus possessionem rei depositae apud sequestrem manere, nisi apud sequestrem deposita sit. Et quod ICto Florentino de ipsius possessionis sequestratione sermo sit, plus quam manifestum est ex ipso textu dum dicitur rei depositae possessionem manere apud deponentem, nisi apud sequestrum deposita est.

Et sane ex verbis istis ita demum euidenter colligitur, quod regulariter sequester non possideat: Sic enim regulariter sequester possideret, ICtus dixisset simpliciter.

Nam sequester possidet. Neque opus fuisset haec verba adiicere *tunc demum sequester possidet.*

Non refragatur quod nec sic differentia à ICto inter sequestrum & depositum constituta fuisset, quoniam possessio ex simplici deposito quoque transferatur eo casu, quo deposita est.

Resp. Nam respondendum est ex mente Florentini depositum & sequestrum ita differre, quod ex deposito nunquam possessio in depositarium transferatur, quia possessio non litigiosa non solet deponi, & sane frustra nuda possessio sine re deponeretur. Ex sequestro vero aliquando possessio in sequestrem transeat, tunc videlicet, quando ipsa possessio litigiosa sequestrata fuit.

Non obstat *d. l. vnica.* Non enim de sequestro, sed de ea translatione agitur, de qua *in l. 8. C. quomodo & quando l. penult. §. penult. Cod. de praescript. 30. vel 40. annor.* nempe de missione in possessionem & de secundo subsequente decreto.

Denique non patrocinatur affirmatiuae sententiae *d. c. 1. & tot. tit. de sequestrat. possessionis.* vbi proponitur possessionem in sequestrem transferri: Nam possessionis verbum aequiuocum est & quandoque pro ipsis rebus seu corporibus capitur *l. interdum. 78. l. quaestio. 115. de verbor. significat. l. 17. de seruit. praed. rustic.* atque in hac significatione possessio in locis modo adductis Canonici iuris sumitur nō pro iure insistendi rei. Praeterea etiamsi concedatur possessionem ibi accipi pro iure insistendi rei, inde tamen inferri non potest, sequestrem possidere. Nam possessio sequestratur non quidem vt sequester possideat, sed vt possessionem, hoc est rem ipsam litigiosam custodiat, eiusque vsum, lite durante, conseruet, donec, lata à iudice sententia, finis controuersiae imponatur.

Quod porro ad distinctionem istam vulgarem inter sequestrationem voluntariam & necessariam, istam ad propositum nihil penitus conferre exinde patet quod vterque textus de voluntaria loquitur sequestratione: Sequestratio quippe necessaria regulariter est prohibita, & ideo verisimile non est ICtum de extraordinaria ista sequestratione *in d. l. 39.* respondisse, de eademque regulam ponere voluisse. Deinde *d. l. 39.* generalis est & absque vlla necessariae vel voluntariae sequestrationis speciali mentione negat possessionem regulariter in sequestrem

questrem transire: Neque quicquam est in tota ista lege, ex quo colligere liceret, eam de necessaria duntaxat sequestratione intelligendam esse. Vt proinde mirum sit quidnam Aretino in mentē venerit quod ad necessariam sequestrationem *d.l.30.* restringere voluerit.

Nec quicquam ad rem facit ratio supra adducta qua distinctionē suam muniri ac stabilire conantur: Non enim sequitur; Voluntaria sequestratio maiorem vim habet quam necessaria: Ergo necessaria possessionem rei sequestratæ transfert; voluntaria non transfert. Et hæc de possessione sequestri.

Quæ. 29. *An creditor possideat.*

De creditore etiam dubitatur vtrum rem sibi oppigneratā possideat? Et quidem quod ne naturaliter quidem possideat, dicendum videtur; id per textum expressum *in l. sciendum.* §. 2 *ff. qui satisd. cogunt.* vbi dicitur, *creditor, qui pignus accipit, possessor non est.* Ecce hic absolute, simpliciter & indistincte negatur creditorem possidere pignus.

2. Quod creditor pignotis possessor non sit præsertim rei immobilis exinde quoque probari videtur quod quouis casu, si pignus luatur, & pecunia soluatur, possessio pignoris creditori etiam inuito auferatur & debitori restituatur.

Verum hac ratione non attenta contraria opinio longe videtur esse verior. Nam quod creditor naturaliter possideat pignus, probat euidenter *l. 35. ff. de pignoratit. act.* vbi Florentinus: *Pignus, inquit, manente proprietate debitoris solam possessionem transfert ad creditorem.*

Idemque *in l. 16. ff. de vsurpat. & vsucap.* claris & perspicuis verbis Iauolenus testatur: dum ait: *Serui nomine, qui pignori datus est ad exhibendum cum creditore, non cum debitore, agendum est; quia qui pignori dedit, ad vsucapionem tantum possidet, quod ad reliquas omnes causas pertinet, qui accepit, possidet. Adeo vt addici possit possessio eius, qui pignori dedit.* Ecce hic pro regula traditur quod debitor solum ad causam vsucapionis possessionem rei pignoratæ possideat: quoad reliquas vero causas possideat creditor.

3. Comprobat idipsum quoque *l. 37. in pr. ff. de acquir. rer. dom.* vbi expresse dicitur, possessionem rei pignoratæ penes creditorem esse.

Possidet proinde naturaliter creditor.

4. Accedit textus *in l. 1. §. 15. ff. de acquir. poss.* vbi itidem possidere creditor dicitur.

5. *In l. 36. ff. eod. tit.* consimiliter asseritur creditorem possidere pignus.

6. Et *in l. 40. eod.* creditor rei pigneratæ possessionem per seruum retinere dicitur.

Quæ omnia perspicue probant creditorem rem pigneratam possidere.

Non obstat *d. l. sciendum. ff. qui satisd. cogunt.* Nam etsi, vt modo fuit demonstratum, possessor reuera possideat quoad tamen edictum prætoris sub isto titulo *qui satisdare cog.* propositum non intelligitur possidere: Edicto siquidem isto hoc cautum ac constitutum erat, vt qui rerum immobilium esset possessor, onere satisdandi subleuetur: de tali autem possessore loquebatur edictum qui rem iure domini possideret, & quidem sic possideret vt possessio esset irreuocabilis: Alioquin non satis cautum foret actori, eiusmodi rerum mobilium possessione quæ quandocunque auocari posset: Nec quicquam interest inter pecuniam aut aliam quamlibet rem mobilem, aut pignus in re mobili constitutum: siquidem pignoris vinculum solui quandocunque potest oblata aut saltem soluta vel obsignata pecunia *l. si rem alienam.* 9 §. *omnis. ff. de pign. act. l.* Paulus *respondit.* 12. §. 1. *ff quibus mod. pign. vel hypot heca solu.* Hæc igitur causa est cur *in d. l. sciendum* creditor pignus possidere negatur.

FFF Idem

Idem plane ad secundum argumentum respondendum est.

Quæ. 30. *An creditor pignus ciuiliter possideat?*

Cæterum an creditor etiam ciuiliter possideat, maiorem adhuc videtur dubitationem habere. Nam Giphanius affirmatiuam sententiam sequentibus rationibus defendere nititur.

1. Creditor dicitur pluribus in locis possidere vt ex antea dictis perspicuum est.

Quotiens autem in iure mentio fit absolute & simpliciter possessionis, toties intelligitur ciuilis possessio.

2. Si creditor non possidet ciuiliter, sed duntaxat naturaliter, sequitur ipsum debitorem possidere ciuiliter: At creditor non possidet ciuiliter vllo modo *l.16. Digest. de vsurpat.* nisi ad solam vsucapionis causam. Ergo debitor ciuiliter possidet.

3. Debitor non tenetur rei vindicatione *l. serui. Digest. de vsurpat. & vsucap.* Qui autem possidet ciuiliter, tenetur Rei vindicatione *l 9 Digest. de Rei vindicat.*

4. Præterea creditorem possidere ciuiliter & vere, ex eo intelligitur, quod creditor per ipsum debitorem, vel per colonum, vt inquilinum potest possidere *l. rei pignori. 37. Digest. de acquir. poss.*

5. Quin etiam ex ea intelligitur, debitorem possidere ciuiliter, sed creditorem, quia debitor possessionem à creditore rogat precario eamque tantum habet naturalem *d. l. rei pignori. l. Non solum. 33 Digest. de vsurpat.* vbi debitor possessionem à creditore rogans, dicitur tantum tenere rem & non possidere. Creditor itaque rem pigneratam vere & ciuiliter possidet.

Cæterum quod creditor non ciuiliter, sed naturaliter possideat, verius est. Ciuilem quippe possessionem supra diximus coniunctam esse cum affectione dominii, creditor autem rem pigneratam animo & affectione dominii non possidet. Argumenta autem quæ ex Giphanio modo sunt adducta, exigui admodum sunt momenti & certe vix solutione & responsione digna sunt; sed quia tanti viri authoritate sunt subnixa ideirco haut dedignabimur ea considerare & paucis ad ea respondere.

Primum igitur argumentum, quod attinet, verum quidem est quod indubio per possessionem ciuilis intelligatur possessio: Verum id locum non habet quando conditio & natura rei & materiæ subiectæ non patiuntur; vt in proposito: Nam conditio creditoris nequaquam hoc admittit vt ciuilem possessionem habeat, cum, vt dictum est, animo domini rem pigneratam non possideat. Quin & finis pignoris non in eo consistit vt creditor possideat ciuiliter, sed vt securior per illud de debito suo recipiendo reddatur § *fin. Inst. de obligat. quæ re contrah.* Ad secundum respondetur consequentiam eius negando: Et imbecillitatem istius illationis ipse etiam Giphanius vltro agnoscit & fatetur ad *l.1. §. sed & eum. num. 47. Digest. de acquir. poss.* vbi diserte scribit nouum non esse vt res à nullo possideatur. Quid igitur noui & quid absurdi hic erit si res à neutro, neque à debitore, neque à creditore possideatur.

Tertium argumentum leue est & nullius momenti sit enim quod debitor non possidet ciuiliter: Exinde tamen, vt nunc ostensum fuit, plane non sequitur quod ciuiliter possideat creditor. Deinde falsissimum est quod is tantum rei vindicatione teneatur qui ciuiliter possidet: obloquitur enim huic diserte textus *in l.9. Digest. de Rei vindicat.* cuius in fine dicitur, ab omni-

omnibus qui tenent & habent restituendi acultatem peti posse.

Ad Quartum respondeo consimiliter negando consequentiam: Nam possider creditor per debitorem, sed naturaliter: Non igitur valide sic concluditur: *creditor per debitorem possidet: Ergo possidet ciuiliter.*

Postremum argumentum eadem laborat imbecillitate & consequentiæ vitio. Debitor enim à creditore rogat possessionem precario, sed naturalem: Nec verum est quod quo alius precario habet possessionem, ciuiliter possideat.

Quæ. 31. *An qui precario rogat possideat?* De eo, qui precario rogat, vtrum possideat, similiter controuertitur? Et quod non possideat, textus est *in l.6. §. 2. Digest. de precar.* quo in loco Vlpianus scribit: *Is qui rogauit vt precario in fundo moretur non possidet*, sed possessio apud eum, qui concessit, remanet.

Sed contraria sententia longe est verior & melioribus rationibus suffulta: Nam primo quod precario rogans possideat, textus est clarus & perspicuus *in l. 15. §. 4. Digest. de precar.* Ait ibi Pomponius: *Eum, qui precario rogauit vt sibi possidere liceat nancisci possessionem non est dubium: An is quoque possideat, qui rogatus sit, dubitandum est? placet autem penes vtrumque esse eum hominem, qui precario datus esset: penes eum, qui rogasset, qua possederat corpore: penes dominum, quia non discesserit animo possidere.* Et *in seq. §. vlt.* subiicitur: *Quo quis loco precario aut possideat, aut cœperit possidere nihil refert, quod ad hoc interdictum pertinet.*

2. Idem quoque haut obscure probat *l. 13. §. 7. Digest. de acquir. poss.* vbi dominus, qui rem suam precario dedit, dicitur, rupto & dissoluto precario, recipere possessionem. Iam vero si per precarium possessio non transferretur in accipientem, eam dissoluto ac finito precario, non posset dominus dici eam recipere: Nihil siquidem recipimus, nisi quod prius dedimus.

3. Insuper *in l.22.§.1.Digest.de Noxal. act.* precarium accipiens dicitur iuste possidere: Sic enim ibi Paulus: *Is, qui pignori accepit, vel qui precario rogauit, non tenetur noxali actione: Licet enim iuste possideant, non tamen opinione dominii possident.*

4. Postremo *in l.13.§.1.Digest.de public. in rem actione* Gaius precarii possessionem iustam appellitat: *Interdum*, inquiens, *quibusdam nec ex iustis possessionibus competit publicianum iudicium: Nam & pigneraticia & precaria possessiones iustæ sunt, sed ex his non solet tale competere iudicium: Illa scilicet ratione, quia neque creditor, neque is, qui precario rogauit, eo animo nanciscitur possessionem vt credat se dominum esse.*

Ex quibus vniuersis atque singulis legibus apparet precarium rogantem possidere non quidem ciuiliter & opinione domini, sed naturaliter & iuste.

Sed tamen assertioni huic valde refragari videtur textus *in d l.6.§.2.Digest.de precario.*

Sunt qui respondeant illic accipientem precarium rogasse solum vt sibi liceat in fundo morari; non etiam vt liceat sibi possidere fundum; Et ideo recte negari eo in casu possidere rogantem. At in cæteris legibus, pro nostra sententia adductis, accipientem non simpliciter rogasse vt sibi morari liceat in fundo. Et idcirco possessionem habere. Quæ responsio quia sese in verbis *d.l.6.§.1.* fundat, non improbabilis, nec reiicienda videtur.

Insuper verum vtrumque est & recte

dicitur; precarium accipientem possidere & non possidere: possidere naturaliter & iuste: Non possidere animo domini & ciuiliter. *d.l.22.§.1.& d.l.13.§.1.*

De vsufructuario etiam, vtrum rem fructuariam possideat, videamus? Et prima fronte absolute ac simpliciter negandum videtur fructuarium possidere. Nam *in l.1.§.8.ff.de acquir.possessio.* dicitur vsufructuario, licet non possideat, per seruum tamen fructuarium possessionem acquiri,

2. In *l.sciendum.15.§.1.ff.qui satisd.cog.* diserte scribitur, Vlpianum negasse eum qui saltem vsumfructum habet, possidere.

Lit. G. Quæst.32. *An vsufructuarius possideat?*

3. In §.4.*l.per quas personas nob.acquir.* Iustinianus idcirco vsufructuarium negat vsucapere posse, quia non possideat. Idemque *in l.10.§.5.ff.de acquir.rer.dom.denuo inculcatur.*

4. In *l.8.C.de vsufructu*, diserte asseritur neque fructuarium ipsum neque eius heredem vlla præscriptione muniri: Non certe alia de causa quam quia sine possessione præscriptio non procedit *l.fine ff.de vsurpat.& vsucap.* fructuarius vero proprietatem non possidet.

5. In *l.6.§.2 ff.de precar.* ait Vlpianus: *vsufructuarius, colonus & inquilinus sunt in prædio & tamen non possident.*

6. In *l.3.§.12.ff.ad exhibend.* is, qui rei possessionem habet, opponitur vsufructuario, quod non fieret, si vsufructuarius reuera possideret.

7. In *l.1.§.8.ff.quod legator.* negatur vsusfructus possideri.

8. In *l.12.§.3.& 4.ff.de vsufructu.* asseritur proprietarium retinere possessionem rei fructuariæ.

Concludendum igitur ex hisce legibus videtur quod vsufructuarius non possideat, sed sit duntaxat in possessioni nomine proprietarii siue domini rei.

Cæterum quod vsufructuarius possideat, euidenter probat *l.12.in pr.ff.de acquir.possess.* Illic Vlpianus ait: *Naturaliter videtur possidere is, qui vsumfructum habet.*

Et quanquam nonnulli dissentiendi respondeant vsufructuarium quidem possidere naturaliter non rem fructuariam, sed ius in re sibi constitutum, nempe vsumfructum: *Tum* quia textus *d.l.12.* non loquitur de possessione iuris, sed de possessione ipsius rei fructuariæ: *Tum* etiam quia de iure vsusfructus nullum poterat esse dubium, quin illud quasi possideret vsufructuarius & quidem possideret ciuiliter, quandoquidem vsufructuarius iuris sui est dominus idque animo & opinione domini possideat.

Minus hoc fundamentum nostrum infringit quod alii respondent: *in d.l.12.* hoc non asseri ab Vlpiano quod vsufructuarius possideat, sed affirmari solum quod possidere *videatur.* Particula autem *videtur* improprietatis sit nota, atque arguat quod vsufructuarius proprie non possideat rem fructuariam, sed appareat solum possidere.

Resp. Quamuis enim particula videtur nonnunquam nota sit improprietatis: sæpe tamen est nota modestiæ ac proprietatis §. *in bona fidei. I.de act.* Et quod non videatur solum possidere, sed reuera etiam possideat proprietatem vsufructuarius, euidenter admodum probat *l.49.ff.de acquir.poss.*

2. Etenim in illa *l.49.pr.* Papinianus ita scribit: Possessio quoque per seruum cuius vsusfructus meus est, ex re mea vel ex operis serui acquiritur mihi, cum & naturaliter à fructuario teneatur. Ecce hic non solum dicitur seruus fructuarius ab vsufructuario teneri ac possideri; sed etiam nulla penitus adhibetur nota improprietatis, ex qua colligi possit quod vsufructuarius improprie solum seruum fructuarium possideat. Quin etiam illa distinctio quam *d.l.12.pr.* adhibent,

bent, satis aperte ex *d. l. 49.* refellitur: Nam quod vsufructuarius non solum ius suum; verum etiam rem ipsam fructuariam possideat, manifeste euincit textus *d. l. 49.* in quo proponitur fructuarius ferunm fructuarium possidere.

5. Hisce duobus textibus accedit quoque euidens ratio iuris: Nam vsufructuario competere interdictum vti possidetis, ex *l. fin. ff. vti possidet.* patescit. Interdictum vero istud vti possidetis non competit nudo duntaxat detentori, sed vero possessori *l. pen. §. 8. eod. tit.* Cui consequens est quod vsufructuarius, interdictum vti possidetis habens, non improprie, sed vere ac proprie possideat.

Nihil vero aduersatur huic sententiæ leges superius adductæ, in quibus vsufructuarius negatur possidere, veluti *l. 1. §. 8. ff. de acquir. poss. l. 6. §. 2. ff. de precar. l. 8. C. de vsufr. §. 4. I. per quas person. nob. acquir. l. 3. §. 12. ff. ad exhib.* illæ, inquam, omnes, & si quæ præterea eius generis sunt aliæ de ciuili, non vero de naturali possessione intelligi debent: Tum quia in plerisque legibus modo allegatis agitur de possessione, ad vsucapionem idonea; qualis possessio ciuilis esse debet: Tum quia si collatio illarum legum cum *d. l. 12. & d. l. 49.* instituatur, necessario ad antinomiam euitandam, dicendum erit, de nulla alia possessione, quam de ciuili textus istos, vsufructuario possessionem denegantes, intelligi posse.

Non refragatur etiam *l. sciendum. 15. ff. qui satisd. cogunt.* Nam obseruandum est, ibi non simpliciter negari vsufructuarium possidere; sed solum pro ratione & natura subiectæ materiæ & quæstionis propositæ: Nam quæstio ibi erat proposita de possessoribus rerum immobilium, vtrum etiam indicio sisti cautionẽ præstare deberent & responsum fuit, qui immobilia possiderent, sub eo iudice, sub quo litigatur, satisdatione nõ onerari: Quæsitum autem porro fuit quinam essent illi possessores rerum immobilium, qui à satisdationis præstatione immunes essent? Et inter alia responsum fuit vsufructuarium non esse eiusmodi possessorem, quia illi demum rerum immobilium possessores satis dare non coguntur, non qualicunque modo & iure sed iure dominii & quasi possident.

Non etiam obstat *l. 1. §. 8. ff. quod legator.* illic enim negatur vsusfructus possideri, quod tamen de vera ac propria possessione, quam rerum duntaxat corporalium esse supra ostensum fuit, intelligi debet: At nos non de possessione vsusfructus, sed de possessione ipsius rei fructuariæ hic quærimus.

Denique non resistit quod proprietarius dicitur possessionem retinere *in d. l. 12. §. 3. & 4.* Hoc quippe de possessione ciuili intelligendum est: Hanc retinet proprietarius; naturalem vero possessionem ad fructuarium transfert.

Equidem Æmyl. Ferrettus *in l. 1. §. 6. n. 9. ff. de acquir. poss.* statuit vsufructuarium etiam ciuiliter possidere proprietatem, & in hanc sententiam mouetur *l. 49. pr. Digest. de acquir. poss.* vbi cum dixisset ICtus vsufructuarium naturaliter possidere; subiicit; possessionem istam ex iure plurimum mutari. Quæ. 33. *An creditor possideat ciuiliter?*

Sed hæc opinio absurditate carere non videtur. Tum quia absolute dicitur vsufructuarius naturaliter possidere *d. l. 12. ff. de acquir. poss.* Tum quia ciuilis possessio semper coniuncta est cum animo & affectione domini, *l. 22. §. 1. ff. de noxal. act. l. 13. §. 1. ff. de public. in rem act.* qualem animum vsufructuarius non habet. Tum denique quia *in d. l. 49.* expresse dicitur vsufructuarium naturaliter possidere.

Nec multum vrgent verba ista, *& plurimum ex iure possessio mutuetur.* Hoc enim de naturali quoque possessione recte &

vere dicitur, eam ex iure, naturali scilicet, plurimum mutuari, quia nõ mere est facti, sed facti simul & iuris.

Lit. H. & L. Tradit postremo Author noster regulam quod omnes illi, qui alieno nomine sunt in possessione, quales sunt qui familiaritatis gratia fundũ nostrum ingrediuntur, qui missi sunt in possessionem ex primo decreto & denique coloni, inquilini, &c. depositarii, commodatarii non possidere.

De eo qui familiaritatis gratia fundum ingreditur, est *l. 41. ff. de acquir. poss.* cuius hæc sunt verba: *Qui iure familiaritatis amici fundum ingreditur, non videtur possidere, quia non eo animo ingressus est, vt possideat, licet corpore in fundo sit.*

De illis qui ex primo decreto missi sunt in possessionem supra *disput. de oper. nov. nuntiat.* satis est dictum & quod non possideant est textus apertus *in l. 3. §. 8. ff. vti possidet.*

Postremo de colonis, inquilinis, depositariis, & commodatariis est textus *in §. 5. I. de interdict.*

Et quod aliud sit in possessione esse, aliud possidere probant *d. §. 5. & l. 10. §. 1. ff. de acquir. poss.* ibi dicitur: *Est autem longe diuersum: Aliud est enim possidere, aliud in possessione esse. Denique rei seruandæ causa, legatorum, damni infecti, non possident, sed sunt in possessione custodiæ causa.*

Subiungit Treutlerus noster à duobus in solidum eandem rem possideri non posse. Verum ista controuersia intricatissima supra fuit satis prolixe discussa & ventilata, idcirco hoc in loco amplius de ea disserere operæ precium esse non videtur.

RESOLVTIO THESIS
Quintæ.

Lit. A. DE effectu possessionis deque nobilioribus eius effectibus nonnihil dicendum est.

Et primus effectus possessionis hic est quod onus probandi à possessore in aduersarium, rem possessam suam esse dicentem, transfert: Hoc, præterquam quod explorati & indubitati iuris est, pluribus in locis tam iuris ciuilis, quam canonici inculcatur.

Etenim Iustinianus *in §. Retinendæ versic. commodum I. de interdict.* ita hac de re scribit: *Commodum autem possidendi in eo est, quod etiamsi eius res non sit, qui possidet: si modo actor non potuerit suam esse probare, remanet in suo loco possessio.*

Et *in l. 2. Cod. de probat.* Antonin. Imperator scribit: *possessiones, quas ad te pertinere dicis, more iudiciorum persequere: Non enim possessori incumbit necessitas probandi eas ad se pertinere: Cum te in probatione cessante dominium apud eam remaneat.*

Idemque *in l. 15. l. 16. l. 24. Cod eod. de probat. in cap. sæpe de restitut. spoliator. in cap. ad aures de præscript. cap. ex literis de probat.* aliisque innumerabilibus locis expresse sancitur. Nec dubium vllum habet.

Causa autem huius cur possessio possessorem ab onere probandi releuet, hæc ab Authore nostro traditur quod ex possessione præsumatur dominium, hoc est quod is qui possidet, præsumatur rei possessæ dominus esse atque rem ex titulo aliquo præcedente possidere.

Cæterum hoc ipsum, anne ex possessione oriatur præsumptio dominii valde est controuersum? Quæst. 34. *An ex possessione oriatur præsumptio dominii?*

Pro negatiua enim sententia pugnant Hugo Donellus *in l. 2. C. de probat.* & Iohannes Corasius ad *l. 12. § 1. ff. de acquir. poss.*

1. Si possessio nihil commune habet cum dominio, consequens est ex possessione dominium non præsumi; siquidem id, quod præsumitur, necessario aliquam cognationem & conuenientiam cum eo habere debet, ex quo præsumitur: Atqui verũ est prius ex *l. 12. §. 1. ff.*

l. ff. de acquir. poss. Sequitur igitur posterius.

2. Accedit quod varii sint modi acquirendi dominium, recensiti *in tit. I. de Rer diuis. & acquir. dom.* modus tamen hic ex possessione acquirendi dominium illis ibidem plane non accenseatur.

3. Reus absolutus, inquit Donellus, non potest ex sententia, qua absolutur à rei vindicatione, plus accipere, quam sententia in eum confert. Iam vero ista sententia iudex nihil amplius pronunciat, quam rem petitoris non esse: Non vero pronunciat rem esse possessoris; quia is proponitur possessor, qui nihil probauit: Quare possessor ex sententia dominus cōstitui nullo modo potest.

4. Eandem porro vim habet iusiurandum in litibus dirimendis, quam habet res iudicata *l. 26. in fine ff. de iureiur.* At si possessor, deferente petitore, iurauerit, rem non esse petitoris, non autem suam esse, nulla actio de dominio possessori acquiritur: Neque aduersus extraneos, neque etiam aduersus ipsum qui iusiurandum dederit: Et ideo si possessor postea amiserit possessionem, quæ peruenerit ad eum, qui iusiurandum prius detulerit, is qui iurauit, nullam actionem aduersus eum habebit ex causa iurisiurandi *l. sed et si possessori. §. Responso ff. de iureiurando.*

Idem proinde dicendum, si iudex pronunciauerit rem non esse petitoris, non autem possessoris. Ex quo apparere ait Donellus non tantum possessorem hac sententia dominum non constitui, sed ne præsumptionem ei acquiri vt existimetur esse dominus: Alioquin actionem habiturum aduersus actorem suum, si quandoque ea res ad eum peruenisset.

5. Insuper quod possessor non præsumatur esse dominus, exinde quoque relucere videtur, quod ab ipso requiritur vt contra vindicet, seque dominum rei possessæ probet. *§. 1. I. de act.* At hæc probatio dominii non solum non necessaria, sed etiam plane supervacanea foret, si pro possessore dominii præsumptio militaret, quæ ipsum onere & necessitate probandi subleuaret eamque in aduersarium siue petitorem transferret.

6. Et quod denique possessor non præsumatur dominus sed possessionis titulum probare debeat dominiumque euincere, videtur esse textus *in l. Ciuile 5. C. de furt.* vbi petitor dicitur ciuiliter facere cum à possessore postulat vt suum auctorem exhibeat: At hoc nec ciuiliter, nec iure postularet, si dominii præsumptio ipsum tueretur *arg. d. l. 5. ff. de probat.*

Verum enim vero contraria sententia, quam defendit Sichardus ad *d. l. 2.* ad veritatem proprius accedere videtur.

1. Etenim quod ex possessione dominium præsumatur, probat dilucide *l. sicuti, §. sed et si quæratur. ff. si seruit. vindic.* Nam ibi quærebatur in vindicanda seruitute, vter petitoris, & vter possessoris partes sustinere deberet? Et respondet Vlpianus possessoris partes eum sustinere, qui seruitutem sibi deberi ait, quique tigna immiserit; adeoque pro illo quoque præsumi quod sit dominus vel quasi.

2. Accedit deinde ad huius confirmationem & hoc, quod dominium ex nati rali possessione cœpisse dicitur *l. 1. §. 1. ff. de acquir. poss.* item quod ex possessione dominium acquiri prohibetur. *§. fin. Inst. per quas person. nob. acquir.*

3. Insuper regula iuris est certissima; quod ad positionem antecedentis ponitur etiam consequens, *arg. l. 2. Digest. de iurud.* Atqui possessio est antecedens, dominium vero est consequens, quia à dominio possessio cœpit *d. l. 1. §. 1. de acquir. poss.* Igitur posita possessione, præsumitur, tanquam consequens quoddam dominium.

4. Denique

4. Denique sententia nostra valde perspicue probatur *l. 2. C. de probat.* vbi Impp. *possessiones*, inquiunt, *quas ad te pertinere dicis, more iudiciorum persequere. Non enim possessori incumbit necessitas probandi, eas ad se pertinere: cum te in probatione cessante dominium apud eum remaneat.* Idem asseritur *in §. Retinendæ 4. I. de interd.* vbi dicitur, *commodum possidendi in eo esse, quod etsi eius res non sit, qui possidet, si modo actor non potuerit suam esse probare, remaneat in suo loco possessio.*

Quod si itaque remanet dominium apud possessorem, petitore in probatione dominii deficiente; sequitur exinde infallabiliter, quod possessor aut vere, aut præsumptiue dominium habeat.

Equidem Hugo Donellus argumentum hoc dilucidissimum hoc modo eludere conatur vt dicat, non dici in locis adductis dominium apud possessorem remanere. *Remanendi* verbum vi sua significare, id remanere apud possessoré, quod prius apud eum fuerit. Ergo remanere dominium, sub conditione, si prius apud eum fuit; remanere possessionem, si prius possessio apud ipsum fuerit.

Veruntamen hæc mera cauillatio est; non enim in adducta *l. 2.* dicitur, dominium apud possessorem manere, si prius apud eum fuerit, nec enim huiusmodi conditio eo in loco expressa deprehenditur; sed absolute dicitur dominium apud possessorem manere, ex quo necessario & infallabiliter concluditur, quod dominium etiam prius, si non vere, præsumptiue tamen possidentis fuerit: Nihil siquidem remanere apud aliquem dicitur, nisi quod prius apud illum fuerit.

Huic sententiæ longe verissimæ nihil quicquam refragantur, quæ pro priori sententia in medium fuerunt adducta.

Quod enim ad primum argumentum attinet, sciendum est, id quod *in l. 12. §. 1. ff. de acquir. poss.* dicitur, possessionem nihil habere commune cum proprietate, accipiendum esse ratione formæ & substantialium, quoad quæ nihil commune haber proprietas cum possessione; Non autem ratione effectus & adiunctorum, in quibus conuenire vtique possunt. Et quanquam possessio & dominium plane sint disparata atque diuersa, ex eo tamen non firmiter infertur, quod vnum ex altero præsumi nequeat, cum ad hoc sufficiat, vt consequentiæ habeant communionem, quæ inter diuersa etiam & disparata consistit. Iohan. Coras. *d. loco.*

Ad *secundum* respondeo: Quanquam *in tit. I. de rer. diuis.* possessio inter modos *acquir. dom.* non recenseatur, ad præsens tamen negocium sufficere, quod ex possessione dominium cœperit, *d. l. 1. §. 1. ff. de acquir poss.* Nam ex hoc præsumptio dominii nascitur. Respondet deinceps ad hoc argumentum Schardus, ex possessione præsumi dominium, non quidem præsumptione iuris, sed præsumptione hominis, quia plerique cum nos vident possidere, eo ipso putant nos esse dominos.

Ad *Tertium* respondetur, quanquam iudex à rei vindicatione absoluens possessorem, aperte ac verbis expressis non pronunciet rem petitam esse possidentis ad eiusdemque dominium spectare; Hoc tamen ipso quod à petitione & vindicatione instituta possessor absoluitur, præsumitur esse dominus per text. *in d. l. 2. C. de probat.* Deinde ex sententia iudicis non demum acquirit dominium possessori, sed, quod ex possessione præsumebatur prius habere, id in secuta sententia absolutoria penes ipsum manere *d. l. 2.* & ei relinqui dicitur *d. §. Retinendæ.*

Ad *Quartum* quoque expedita est responsio: Quod enim dictum & defensum hactenus est, ex possessione præsumi do-

mi dominium id non procedit quando dominium deducitur non incidenter & per modum exceptionis, sed principaliter & per modum actionis in iudicium, vt si rei vindicatione agens petat sibi rem restitui quia sit dominus illius rei: Tunc enim ex possessione non præsumitur dominium, etsi petitor verus sit & ciuilis possessor: Reus vero conuentus duntaxat nudus sit detentor. Deinde notandum & illud est, præsumptionem istam, qua ex possessione dominium præsumitur, locum habere quando non de præterita & amissa, sed de præsenti quæritur possessione: Ex præterita quippe possessione non præsumitur nunc dominus esse, qui aliquãdo possessor fuit, de præsenti quippe & non de præterito possessio præsumitur.

Quintum præterea argumentum non admodum magni est ponderis: Nam quod ait Iustinianus *in §. 1. Inst. de act.* in rei vindicatione possessorem contra se dominum esse dicere, & rem iure dominii ad se spectare asserere, id non ita intelligendum esse, quasi necessarium sit vt possessor se dominum esse dicat rei possessæ, sed quod honestum sit, quia alias videri posset reus, actore in probatione deficiente contra fas & æquum rem alienam possidere: Nam etsi actori probatio defecerit, ius tamen ipsi propterea defecisse dici non potest, vt igitur ab hac suspicione reus se liberet ac purget, admodum consultum est, vt contra vindicet, seque eius rei dominum asserat; Adeoque quod in *d.* §. 1. dicitur, id consilii magis est, quam necessitatis. Id quod maxime confirmat sententia & regula iuris non vno in loco ab Imperatore Iustiniano inculcata, quod nimirum, actore non probante, rem quam petiit esse suam reus, quamuis nihil quicquam præstiterit, absolui & in possessione relinqui debeat, *l. qui accusare. Cod. de edendo. l. fin. Cod. de Rei vindic. §. Retinendæ. Inst. de interdict.*

Ad *sextum* & vltimum respondetur à Sichardo adducta *l. ciuile Cod. de furt.* non præcise cogi possessorem rei furtiuæ dicere vnde rem istam habeat; sed solum ex *vrbanitate*, hoc est, esse quidem ciuile & vtile purgare suspicionem; non tamen esse necessarium, vel teneri quidem possessorem rei furtiuæ dicere vnde rem furtiuam habeat, sed illam coactionem non fieri ab actore, sed iudicis officio, vt sciatur fur & purgetur prouincia malis hominibus, *l. congruit. ff. de offic. præsid.*

Et in eandem sententiam respondet quoque Fr. Hotomann. *in comm. ad d. l. 2. Cod. de probat. in l. ciuile*, agi specialiter de vindicatione rei furtiuæ non quasi à quouis possessore, sed quasi ab ipso fure.

Nam cum eius rei dominus suum dominium probasset, & insuper furti, à possessore admissi, argumẽtum aliquod ac suspicionem iniecisset, postulabat à possessore vt suum auctorem nominaret, si suspicionem illam vitare vellet: Alter dicebat, se à prætereunte & ignoto emisse, Imperator respondit, opus esse, illum suum auctorem exhibere, non ad causam rei vindicationis, (iam enim actor suas partes transegerat) sed ad euitandam furti suspicionem; ex quo liquet, quod in specie istius legis possessor dicere debuerit titulum suæ possessionis ad suum proprium commodum, ne tanquam fur condemnetur.

Quæst. 35. *An ex iniusta etiam possessione præsumatur dominium?*

Cæterum quod hactenus dictum est ex possessione præsumi dominium, hoc vtrum de possessione duntaxat, an vero de iniusta etiam accipi debeat? Pro affirmatiua pugnant Donellus, Gilckenius, Hotomannus, Iulius Pacius ad *l. 15. Cod. de probat.* quorum hæc sunt fundamenta.

1. In *l. fin. C. de rei vindic* Impp. Diocler. & Maxim. hoc modo rescribunt: *Res alienas possidens licet iustam tenendi causam nullam*

nullam habeat, non nisi suam intentionem implentirestituere cogitur: Ecce hic Imperator. clare sanciunt, possessorem à quo res vindicatur quamuis nullam iustam causam possidendi habeat, tamen rem à se peritam restituere non debere, nisi actor suam intentionem impleuerit, hoc est dominium eius rei probauerit. Vnde liquet, quod iniusta quoque possessio onus probandi transferat in actorem, eoque onere possessorem releuet, sic, vt actore in probatione deficiente, res possessori iniusto relinquatur.

2. Addit Baldus hanc quoque rationem, quod iudex non possit petitorem declarare dominum, nec super dominio pronunciare, nisi probationes dominii praecesserint: Quandoquidem plane non sequitur, *possessor iniustus non est dominus: Igitur petitor est dominus*; cum fieri possit, vt neuter illorum, sed tertius aliquis sit dominus: pari modo non recte concluditur, iniuste & per vim possidet, igitur alter qui rem ita possessam vindicat est dominus: quandoquidem separata est causa delicti à dominio. *l. si maritus. C. de donat. inter vir. & vxor.*

3. Huc etiam facit, quod generaliter & indistincte traditur, actore non probante reum absolui & in possessione relinqui, etsi nihil quicquam praestiterit, nec rem suam esse probauerit: Quocirca etsi res ipsius non sit, sed iniuste eam possideat, ipsi relinquitur, petitore in probatione dominii deficiente.

Verum enim vero contrariae sententiae, quod videlicet iniusta possessio probationis onus in petitorem non deriuet, sed hoc onus possessori imponat, patrocinantur Sichardus *in d. l. 19.* & Gothofr. *in not. ad l. 20. C. de probat.* quibus calculum suum adiicit & noster Treutlerus. Confirmant autem istam opinionem haec sequentia iuris fundamenta.

1. In *l. 15. C. de probat.* is, qui se liberum dicit, cum possideretur ab aliquo à possessore aufugerat, & ita dolo malo se pro libero gesserat, quamuis in possessione libertatis esset, non tamen ipsi haec possessio prodesset, vt commodo possessoris fruatur, sed docebit se liberum esse, quamuis ab aduersario in seruitutem petatur.

2. Probatur eadem opinio *l. 20. D. de probat.*

3. Confirmatur *l. si quis emptionis. §. super illis. C. de praescript. 30. annorum.* ex qua probari videtur, quod petitor praesumatur dominus odio expulsoris, & iniusti, possessoris, quae praesumptio onus probandi transferat in possessorem.

Ego, vt ingenue dicam, quod sentio, priorem opinionem multo veriorem esse iudico, maxime propter textum apertum *in d. l. fin. C. de Rei vindic.* Nec videntur, quae modo in contrarium sunt adducta, ei magnopere aduersari.

Nam ad *d. l. 15. C. de probat.* respondet Baldus, eam loqui de vi circa statum personae illata. Talem vero statum praesumi, qualis fuerit prius, secus vero rem sese habere, quando non de statu personarum, sed de simplici dominio aliarum rerum tractatur.

Hugo Donellus distinguit, vt si possessor rei vindicatione conueniatur, quia etiam confessione ipsius petitoris pro possessore habeatur, quamuis iniuste possideat, nihilo tamen minus onere probandi subleuetur illudque aduersario imponatur. Sin vero vterque litigatorum se possessorem esse contendat, atque commodo possidendi vti nitatur, tum pro possessore eum non habendũ, qui iniuste possidet; Hoc autem contingere in casu *d. l. 5.* & interdicto vti possidetis, ait Donellus.

Ad *l. 20. C. de probat.* responsio non est difficilis: Nam ibi probatio incumbit Eutichiae qua in libertatem proclamabat & actricis partibus fungebatur, quia dolo malo erat in possessione libertatis,

quo-

quoniam instrumentum emptionis suæ dolose subtraxerat: Qui autem dolo malo in libertaris possessione est, pro seruo habetur, *l. 21. C. de liberali causa*. Quocirca Phronimæ hoc solum incumbit, vt probet instrumentum ab ancilla Eutichiæ in libertatem proclamante esse subtractum, quo probato in Eutichiam onus libertatis probandæ transfertur *l. 7. §. vlt. ff. de lib. caus. l. 21. C. eod. tit.* Hotomann. *in d. l. 10. C. de probat.*

Donellus ait, tenorem rescripti illius *in l. 20.* hunc esse: Si Eutichia est in possessione seruitutis, & ex ea possessione in libertatem proclamat, pro petitrice habenda est, & quoniam petitori probanti onus incumbit, ideo ipsa docere debet se liberam esse. Quod si vero Euticnia est in possessione libertatis, & ex hac possessione in seruitutem à domina petitur, domina petitrix est proindeque & se dominam esse probare debebit; vnde perspicue liquet, quod *in d. l. 20.* nunquam possessori, sed semper petitori onus probandi imponatur.

Ad *d. l. si quis emptionis. §. sed hoc super.* quæ tertio loco adferabatur responde-tur à Baldo, textum istum loqui de expulso, qui habuerit temporis præscriptionem & prærogatiuam, quia diu antea possederat; & ideo ex coniunctione duarum præsumptionum, antiquæ videlicet possessionis & volente resultare vnam præsumptionem sufficientem.

Postremo minus aduersatur *l. Siue possidetis 16. C de probat.* vbi asseritur possidentibus fratribus emancipatis probationem incumbere: Rectè siquidē post Donellum & Obrechtum respondet noster Author; hoc in loco non principalis intentionis, sed exceptionis duntaxat probationem possessoribus imponi: Etenim sui heredes confessione emancipatorum probabant prædia aliquando fuisse patris sui, cui consequens erat, ea patris quoque perpetuo fuisse; Nō quidem præsumptione iuris, sed necessitate iuris manifesta, quia quod nostrum est id perpetuo nostrum maneat, donec facto nostro alienauerimus aut amiserimus *l. 11. ff. de Reg. Iur.* porro, si prædia ista patris manserunt, sequitur ea ad fratres, suos heredes, spectare non præsumptione aliqua, sed necessitate iuris, *arg. l. heres in omne ff. de acquir. hered.* Nisi fortassis dicant fratres emancipati, prædia sibi fuisse donata: At hoc, cum dicunt, debent probari. Tum quia affirmanti incumbit probatio: Tum quia excipiunt: Concedunt enim fratres emancipati bona fuisse patris, sed ea sibi donata aiunt.

Iohannes Sichardus ad *d. l. 16. Cod. de probat.* respondet regulam esse, quod actori incumbat onus probandi & non reo, verum hanc regulam veram esse, nisi quando ex parte actoris est aliqua præsumptio legis: Tum enim istam præsumptionem haberi pro fundata intentione actoris, donec aduersarius contrarium probet: Hic autem suos heredes, qui & actores sunt, fundatas esse præsumptiones, cum textus dicat; qui aliquando fuit dominus, ille præsumitur manere dominus nisi contrarium probetur, & idcirco deuolui hoc casu probationem ad reum.

Cæterum Fr. Hotomann. ad eandem *L. 16.* hanc sententiam plane improbat; quandoquidem in ea *l. 16.* in fratres emancipatos & possessores prædiorum probationis onus non ideo transfertur quia pro actore præsumitur: Cum actor intentionem suam probasse proponatur, sed quia postquam actor suas partes transegit, reus, qui pro sua quoque parte aliquid intendit, suas etiam partes transigere compellatur, *l. 19. ff. de probat.*

Illud omnino cōcedendū existimo ex probatione extremorū intermediā possessionē probari: ita vt qui olim possedit

& nunc tempore cœpti Iudicii possidet, medio etiam tempore possedisse præsumatur. Possessio enim semel posita ac cœpta durare præsumitur, nisi probatur alius intermedio tempore possessionem occupasse *l. quod meo §. fin. l. peregre. §. fin. ff. de acquir. poss.* Sed vtrumne ex præterito in præsens & ex præsenti in præteritum efficaciter præsumatur, quæstio est satis grauis & magni momenti?

Mihi cum Alciato & Menochio affirmatiua adstruenda videtur. Mutatio siquidem nulla præsumitur, quoniam mutatio est accidens, accidentia vero non præsumuntur Alciat *tractat. de præsumpt. Regul. 2.* Hinc qui fuit malus, præsumitur etiam nunc esse malus *cap. semel. de Reg. Iur. in sext.* quod tamen locum habet in eodem genere mali, vel simili *l. si cus §. 1. de accusat. l. Non omnes §. à Barbaris ff. de re militar.* vt qui semel fur esse probatus est, semper fur esse præsumatur: At qui in furto deprehensus vel furti cōuictus est non præsumatur exinde homicida, adulter aut raptor virginum, aut alterius alicuius criminis reus esse: Quanquam qui malus est in vno habeat contra se non modicam suspicionem quod sit malus in aliis, propter magnā connexitatem quam habent vitia inter sese. Ex eodem fonte, qui semel bonus est, & esse probatus fuit, semper præsumitur esse bonus *c. mandata. extr. de præsumpt.*

Item qui olim fuit subditus præsumitur etiam hodie esse subditus: sic etiam quisque præsumitur in eadem persistere voluntate, in qua prius fuit *l. Eum qui voluntatem. ff. de probat. l. cum hic status pr. de donat. int. vir. & vxor. cap. maiores. de baptismo.* Et in summa ex eodem fundamento de præterito præsumitur in præsens, & de præsenti in præteritum, prout ex adductis exemplis liquet.

Lit. B. Effectus insuper possessionis hic est quod fructus ex re possessa lucratur, si scilicet bona fide possidet §. *si quis à non domino l. de Rer. diuis. l. 48. ff. de acquir. rer. dom.* Malæ enim fidei possessor nullos fructus lucratur, sed omnes restituit *l. 22. C. de Rei vindicat.* Idque ideo quia bona fides tantum præstat bonæ fidei possessori, quantum veritas præstat vero domino.

Lit. C. Quæ. 36. *An possessor teneatur dicere titulum possessionis?*

Possessionis insuper hic est effectus vt possessor possessionis suæ titulum allegare & probare non cogatur. Hoc pluribus in locis traditum est præsertim vero *in l. cogi 11. C. de petit. heredit.* vbi Arcad. & Honorius in hæc verba referunt: *Cogi possessorem, ab eo qui expetit titulum suæ possessionis dicere inciuile est.*

2. Et *in l. fin. ff. de Rei vindicat.* dicitur sufficere possessori dicere se non possidere licet non probauerit rem esse suam.

3. Eodem quoque facit *l. 4. C. de edend.* vbi regula proponitur, quod *auctore non probante, qui conuenitur, etsi nihil præstet, obtineat.* Quocirca etsi titulum possessionis suæ reus non allegauerit, nec probauerit, tamen actore suam intentionem non probante absoluetur.

Sed huic opponitur rescriptum Impp. Dioclet. & Maximin. *in l. 16. C. de probat.* vbi expresse dicitur possessores prædiorum compelli docere, vnde & ex qua causa dominium ad eos peruenerit.

Iohannes Sichardus *ad d. l. cogi 11. n. 2.* respondet cum glossa, istum textum intelligendum in eo casu, quo actoris intentio prius erat fundata præsumptione iuris: Cum enim actor probat de dominio suo authoris, præsumitur contra ipsum reum, idem dominium in me esse translatum, & ideo cogetur reus possessionis causam & titulum probare.

Hugo Donell. in comm. ad *d. l. 16, n. 7.* respondet, regulam istam, quod possessor non cogatur edere titulum suæ possessionis procedere, quando posses-

sor

for nihil nisi se possessorem dicit: At *in d.l.16.* emancipatos non tantum dixisse se possessores, sed dixisse etiam amplius se esse dominos: Neminem quidem possessionis suæ titulum dicere cogi, quia vnusquisque etiam sine causa possidere possit *l.3 §.Ex contrario.ff.de acquir. possess.* Dominii autem sui vnumquemque causam dicere debere, quoniam dominium sine causa ad nos nunquam pertinet *l.Nunquam 31. ff. de acquir. domin.* Et hæc responsio priori verisimilior esse videtur.

Rursus obiicitur *l.ciuile. C.de furt.* in qua dicitur, eum, qui rem furtiuam tenet, debere dicere, vnde istam rem habeat, nisi velit se contaminari furti suspicione.

Respondet dupliciter Sichardus adductam *l.ciuile.* non præcise cogere possessorem rei furtiuæ dicere, vnde & ex quo titulo habeat & possideat rem, sed ex vrbanitate, ita vt quidem vtile sit purgare suspicionem, non autem sit necessarium. Deinde respondet rem furtiuam possidentem teneri quidem dicere, vnde habeat rem furtiuam, id est titulum possessionis suæ edere, sed illam coactionem non fieri ab actore, sed officio iudicis.

Mihi hoc modo rectius responderi videtur: In *d.l.ciuile;* iam tum constitisse quod res esset furtiua adeoque ad possessorem dominium non spectaret; sed domino quamprimum restituenda foret. Quocirca tituli editionem non requiri ad ius possessionis tuendum; sed ad purgandam furti suspicionem, prout etiam in ipso textu verbis clare exprimitur.

Præterea opponitur textus *in cap. ordinarii de offic.ordinar.in sext.* vbi spiritualia & beneficialia tenens cogitur dicere possessionis titulum.

Respondet dupliciter Sichardus, primo à regula, supra proposita, excipi bona spiritualia & beneficialia *per gloss. in c. 1.de Reg.Iur.in sext.* Deinde ait possessori obstare præsumptionem iuris comm. qua res quæ semel fuit Ecclesiastica vel beneficialis, semper præsumitur esse talis: Proinde præsumptio ista reiicit probationem contrarii in petitorem. Hinc pro regula traditur quod, præsumptione pro actore faciente, reo sit deferendum iusiurandum *cap.final.in fin. extr. de iureiur.* Sic etiam laicus decimarum possessionem prætendens titulum possessionis suæ edere tenetur *c.dudum. extr. de Elect.* quia præsumptio contra ipsum militat, quod nempe in decimarum possessione non sit.

Postremo obiicitur etiam quod qui petitione hereditatis conuenitur rem non solum titulo aliquo possidere, sed & titulum istum dicere debeat *l.cogi.ff.de petit.hereditat.*

Verum obseruandum est quod diuersa sit petitionis hereditatis & actionum in rem specialium: In his enim verum est quod hactenus contendimus neminem oportere titulum possessionis suæ edere: At petitione hereditatis qui conuenitur cogitur dicere ex quo titulo rem hereditariam possideat.

Ratio autem differentiæ huius est ista, quod specialibus in rem actionibus agitur cum eo, qui rem petitam possidet quocunque tandem titulo possideat: proinde cum hunc titulum nosse actori ad recte instituendam actionem plane vtile non sit, possessor igitur ad eum dicendum cogi non debet. Etenim siue actor dominium suum probauerit vincet & rem possessam euincet, quocunque tandem ex titulo possideatur: Si vero dominium non probat, possessio apud possessorem manebit quocunque tandem ex titulo possideat. *d.§.Retinendæ versic.commodum.I. de interdict.l.qui accusare. ff. de edendo.* At petitio hereditatis non competit, nisi aduersus eum, qui

pro herede vel pro possessore possidet; Idcirco quia ad actionẽ recte instituendam omnino interest scire ex quo titulo res possideatur, ne frustra agat, cogitur possessor dicere quo titulo possideat.

Neq; huic obstat quod nemo cogitur aduersus se tela aduersario subministrare. *l. Minus C. de testib. l. 1. C. de edẽd.* Etenim quãdo in petitione hereditatis possessor respondet, quonã titulo possideat, nihil subministrat aduersario, sed sibi: Nam si iustum titulũ specialem dicit, petitionem hereditatis in se nõ inducit, sed summouet. Si se dicit heredem, etiam hoc modo existimationi sui consulit: Cum si nullam omnino causam possessionis adferat, suscipiat in se prædonis opinionem, quam se amoliri omnium honestorũ virorum interest: Qui autẽ obstinate neutrum horũ facere vult, hoc ipso iudicat se pro possessore possidere, atq; ita petitioni hereditatis locum facit *l. qui interrogatus l. nec vllam pr. ff. de petit. hered. t.* Donellus *lib. 19. comm. c. 12.*

Lit. D. Adhæc effectum possessionis nostræ & hunc esse Treutler. noster dicit, ꝙ ex ciuili possessione causatur dominium: Vsucapio quippe, quæ possessione consistit ciuili, dominium parit *l. 3. ff. de vsurpat. & vsuc. l. 20. de pact. l. 2. §. fin. pro hered.* Notandum tamen est quod hæc vis & hic effectus solius possessionis non sit: plura quippe ad vsucapionem, qua dominium quæritur vel adiicitur, quam sola ciuilis possessio desideratur *pr. I. de vsucap.*

Possessioni etiam hic tribuitur effectus quod possidens præferatur non possidenti, quãuis hic iustam habuerit possidẽdi causam: Vt si duo fuerint rei eiusdẽ emptores, is alteri præfertur, cui tradita res & per traditionem acquisita possessio est. Pro qua sententia est textus *in L quotiens. 15. C. de Rei vindicat.* Cuius hæc sunt verba: *Quotiens duobus in solidũ prædiũ iure distrahitur, manifesti iuris est, eũ cui priori traditum est in detinendo dominio potiorem esse. Si igitur antecedente tempore te possessionem emisse ac precium exsoluisse apud præsidẽ prouinciæ probaueris, obtentu nõ datorum instrumẽtorũ expelli te à possessione nõ patietur.*

Ratio autem huius ex prædictis facile colligitur: Nam ex possessione probatur dominium: is ergo qui per traditionem & possessionem & dominium est nactus longe fortiori iure quam alter, cui res saltem promissa est, nititur.

Idemque multis aliis legibus satis euidenter cauetur vt *l. 10. C. de act. empt. l. qui tibi. C. de his qui à non domino.* Multum interest. *Cod. si quis alteri l. qui tibi. Cod. de actione vel hered vendit.* Antonius Gomezius *Tem. 2. c. 2 n. 20.* duas huius rei causas adducit: quarum prior hæc est, quod actio vel obligatio personalis etiam cõtracta & emanens ratione fundi, vel rei, non sequitur eius possessorem *l. fin. §. fin. ff. de contrahend. empt.* Igitur in proposito casu, inquit Gomezius, primus emptor cui res nõ est tradita nõ potest agere sua actione vel obligatione personali cõtra secundũ emptorẽ, eundẽque possessorẽ.

Secunda eius ratio cum nostra, paulo ante adducta, conuenit, & hæc est, quod in emptorẽ, cui est facta traditio translatum est dominium & plenũ ius rei, mediante titulo & traditione. Vnde merito præferatur alteri qui solum titulum & actionem personalem habet, contra dominum & venditorem.

Operatur porro & hoc possessio rerum immobilium quod à fugæ suspicione excusat & ab onere satisdandi releuat. *L sciendum 15. ff. qui satisd. cogunt.*

Postremo pignoris possessionẽ operari ius luendi; sic vt quandiu creditor rẽ pigneratã detinet, integrũ sit creditori illam, debitum principale soluẽdo, luere. Sed hoc ipsum valde est dubiũ & à multis in controuersiam vocatur: Nã quod longissimo 30. vel 40. annorum spacio ius luendi pignus præscribatur & debitor, Quæ. 37. *An pignoris possessio operetur ius luendi?*

tor, pignus luere volēs, exceptione præſcriptionis excludatur, ſtatuunt poſt Bulgarum Accurſius Gloſſator *in l pignori in verb. Alieno. ff. de vſur.* Angelus *ad §. omnium. I. de act.* Iaſon *ad l. ſi mater n. 5. C. de inſtit. & ſubſtitut.* Henning. Gœdd. *Conſil. 109. n. 212. cum ſequent.* Schurffius *conſil. 47. n. 5. & conſil. 90. n. 13* Weſenbecius *in paratit. de reſcind. vendit. n. vlt.* Kœppen *deciſ. 1. n 38.* Et hæc ſententia ſequentib^9 rationibus confirmatur: Quicquid ſtatuitur in vno correlato, illud etiā in altero ſtatuēdū eſt *l. vlt. C. de indict. viduit. tollend.* Atqui creditor cadit actione hypothecaria, quæ ipſi ad rē pigneratam ab alio poſſeſſam cōparata eſt, quadraginta annis per textū *in l. 4. C. de long. temp. 30. vel 40. ann. præſcript.* Ergo & debitor actionē pigneratitiam, quum re pignerata recuperāda habet, quadraginta ad minimum annis perdit.

2. In *l. creditores & l. vltim. C. de pign. act.* expreſſe cauetur, actionem pigneratitiam, debitori competentem non perimi lōgi temporis præſcriptione: Vnde colligitur q̄ tempore longiſſimo, nēpe 30. vel 40. annorum ſpacio extinguatur; id quod etiam ex *l. 3. Cod. de longiſſ. temp. præſcript.* luculenter deduci poteſt. Quocirca poſt quadraginta annos debitor offerens debitum remq; oppigneratam luere & redimere actioneq; pignoratitia eam repetere volens non amplius audietur, ſed exceptione præſcriptionis repelletur.

3. Omne ius, ſiue priuatum ſit, ſiue publicū, in quacunq; cauſa vel perſona quadraginta annorum ſilentio extingui, cautū eſt à Iuliano Imperatore *in l. 4. C. de præſcript. 30. vel 40. annorum.* Igitur & iuri offerendi debitū reluendiq, pignus tāto tēpore præſcribitur, illudq; extinguitur.

4. Inſuper omnis actio, ſiue in rem ſit, ſiue in perſonam triginta annorum ſpacio extinguitur, prout ſancit Iuſtinianus *in l. 3. Cod. de longiſſ. temp. præſcriptione 30. vel. 40. annorum.* Actio igitur pigneratitia, quia nuſpiam reperitur à ſuperiori regula excepta, conſimiliter 30. annorum ſpacio præſcribi cenſetur, & conſequenter poſt præterlapſum longiſſimum tempus, creditor pignus redimere & actione pignoratitia agere fruſtra annitetur.

5. Vbi ratio præſcriptionis obtinet, ibi quoque ipſam præſcriptionem obtinere neceſſe eſt: Atqui ratio præſcriptionis ob quam iura & actiones longiſſimo tempore præſcribuntur & extinguūtur, etiam in iure redimendi & luēdi pignus, in obligatione pignoris & actione pigneratitia obtinet, non minus atq; in aliis iuribus obligationib. & actionibus, quod nempe lites non eſſe immortales, nec actiones in infinitum viuere, ſed tandem extingui. Ius proinde iſtud luendi, obligatio pignoris & pignoratitia actio longiſſimo tempore præſcribentur & extinguetur.

6. Adde quod debitor intra triginta annos pignus luere potuerit & ſic pigneraticiā actionē inſtituere. Hoc igitur cū non fecerit & tamen facile facere potuerit, merito ipſi tēporis præſcriptio obſtabit: Suæ enim negligentiæ imputare debet ſi tanto tempore pignus redimēdi ius habens, eo vſus non fuerit.

Sed tamen pro contraria ſentētia quod nempe iuri reluendi pignus præſcribi nullo tempore poſſit, ſubſequentia argumenta non parum facere videntur.

1. Quæcunq; meræ ſunt facultatis & in mero liberoq; hominis arbitrio poſita, illa nullo tēpore præſcribi, nec vnquam præſcriptione auferri poſſunt. Couarruu. *ad c. poſſeſſor. de Reg Iur. in ſext.* Atqui ius luendi pignus hoc eſt ſoluendi pecuniam & pignus repetendi non tam ius eſt, quam facultas quædam, poſita in arbitrio debitoris, qua debitor, quandocunque voluerit vti queat: igitur nullo tempore præſcribitur.

2. Quicun-

2. Quicunque pro alio hoc est non sibi, sed alii possidet, ille rem, quam possidet, non potest præscribere *l. 2. ff. qui satisd. cogunt.* nec quisquam potest causam possessionis sibi mutare *l. Non solum. §. quod vulgo ff. de vsurpat. & vsucap. l. 3. §. illud quoque. l. qui bona §. final. ff. de acquir. vel amit. poss.* Atqui creditor non suo, sed sui debitoris nomine possidet, Igitur non potest præscribere rem sibi pigneratam aut titulum possessionis sibi mutare.

3. Ad hæc vt quis præscribere rem aliquam possit, bona fide rem possidere debet, quia malæ fidei possessor nullo vnquam tempore præscribit *c. fin. de præscript.* Atqui creditor rē pignetatā possidens, in mala fide est & scientiam rei alienę habet: Nullo igitur tempore ius reluendi præscribit.

4. Insuper pignus plerumque pluris est, quam debitum, & si creditor prę scriberet, plus consequeretur, quam sibi deberetur. Atqui hoc absurdum est *l. 17. pr. ff. de pact.* Igitur absurdum & illud.

5. Communiter receptum est in materia præscriptionis, in qua de peccato agitur, standum esse iuri canonico & eius depositioni per gloss. & Dd. *in cap. possessor. de Reg. iuris in sext.* atqui ius canonicum, prout supra ostensum fuit improbat præscriptionem mala fide possidentis *d. c. fin. de præscript.* Igitur pignus, quod à creditore mala fide possidetur, non potest vllo tempore præscribi, & consequenter ius reluendi pignus & debitum offerendi in infinitum competit.

6. Actioni nondum natæ præscribi non potest; cum non entis nullæ sint qualitates, nullæ considerationes: Atqui priusquam pignus offeratur & luatur, actio pigneratitia ad repetendam rem pigneratam non competit, cum nondum sit nata: Non igitur potest præscribi; & consequenter etiam post longissimum tempus creditor offerens debitum & actione pigneratitia de pignore restituendo agens, audiendus erit.

7. Et hæc sententia cum sit in summo Imperii dicasterio, in Camera videlicet Imperiali recepta, teste diligentissimo eiusdem cameræ imperialis obseruatore, Andrea Gailio *2. obseruat. 18. n. 4.* Idcirco in aliis inferioribus iudiciis obseruanda, recipienda & retinenda erit.

8. Eandemque sententiam comprobat quoque Nouella constitutio Electoris Saxoniæ quæ extat *part. 2. c. 1.* vbi Elector Augustus ita scribit: Es sind in dieser Frag bey den Rechtsgelehrten zweyerley Meynungen/ denn etliche halten/ daß die verjährungen stadt haben soll/die andern aber schliessen darauff/ daß keine præscription darinne zuläßlich sey / dieweil dann vnsere Juristen/ Faculteten vnd Schöpffenstüle derenthalben auch vngleich gesprochen / So haben wir jhnen durch vnsere verordnete Räthe aufferlegen vnd sie mit einander vergleichen lassen / nach dieser opinion, so an dem Käyserlichen Cammergericht vnd vnserm Obern Hoffgericht zum theil gehalten / zuerkennen/ nemblichen daß in beyden Fällen deß Pfandts vnnd widerkauffs halber einige verjährungen oder præscription durchauß/ auch hundert vnnd mehr jährige / nicht stadthaben/sondern zu jederzeit ein Verpfänd oder widerkaufflich Gut/ Krafft vnnd Jnhalt deß auffgerichten erwiesenen Contracts gelöset / oder widererkaufft werden möge.

9. Postremo approbata & recepta est hæc sententia communi prope Dd. & ICtorum præstantissimorum calculo: Nam post Rogerium ICtum, antiquum iuris Interpretem, sententiam hanc tenuerunt Iacobus Cuiacius *in l. pignori. de vsurpat. & vsucap. & in paratit. Cod. de præscript. 30. vel 40. annor.* Iohannes Borcholt in

in tract. de vsur. c. 6. num. 11. & sequent. Andr. Gail. *2. obseruat. 18.* Hyppolyt. de Marsil. *tractat. de fideiussor. num. 101.* Tyraquell. *in tractat. conuent. §. 9. Gloss. 1. num. 3. &* 4. Mynsin. *cent. 1. obseruat. 16*, Francisc. Balb. *de praescript. tractat. 3. & 4. part. 5.* & infiniti alii tam è veteribus quam recentioribus.

Ad contraria vero præcedentis opinionis fundamenta responsionem non difficilem esse, huius sententiæ sectatores existimant.

Ad primum enim respondetur, argumentum ex natura correlatorum depromptum, nõ procedere, quando non eadem, sed diuersa ratio est correlatorum: vt hic: Actioni enim hypothecariæ, creditori competenti præscribitur, quia illa statim ab initio, quam primum hypotheca contrahitur, nata est *l. 3. Cod. de longiss. temp. praescript.* At actioni pignoratitiæ non præscribitur, quia ante luitionem pignoris nondum est nata.

Ad secundum argumentum respondet Botcholt. adductam *l. Nec creditores. & l vltim. Cod. de pign. act.* agere de actione pignoratitia tam nata eamque illic negari præscribi longo tempore, tacite vero concedi tempore longissimo extingui: At vero actionẽ pigneratitiam ante luitionem pignoris nondum naturaliter præscribi non posse.

Ad tertium respondetur; *in d. l. 4. C. de longiss. temp. praescript.* per ius non intelligi quoduis ius, sed ius solum actionum, illudque triginta vel quadraginta annorum spatio extingui: Non igitur hoc ad ius luitionis pignoris extendendum & porrigendum esse.

Ad quartum respondent *l. 3. C. de longiss. temp. praescript.* intelligendam & exaudiendam esse de actionibus iam natis, non de nascituris & in rerum natura nondum existentibus: Illas præscribi: Has vero non item. At in proposito pignoratitiam actionem, de cuius præscriptione agitur, non esse naturã quando de pignore luendo agitur.

Ad quintum respondent, illud quoque ad actiones iam natas pertinere, has præscriptione esse capiendas, ad nascituras vero accommodari non posse, & ideo sicut præscriptio ad iura & actiones iam natas duntaxat & existentes pertinet, ita quoque ad eas rationem præscriptionis restringendam esse.

Ad sextum & vltimum respondet Borcholdus illud perperam concludere, vbi ex simili hoc intelligi possit: Nam filiusfam. inquit, à patre facile impetrare potest vt pater agendi potestatem & facultatem sibi faciat: Hoc tamen si filiusfam. non fecerit non obstat propterea filiofa. præscriptio *l. 1. §. vlt. C. de annal. except.* Ad eundem igitur modum debitori non obstabit præscriptio, qui pigneratitiam actionem sibi non genuit, cum facile, soluta pecunia, gignere illam sibi potuisset.

Remotis igitur contrariis obstaculis concludunt supra allegati Iuris Interpp. iuri & facultati luendi & redimendi pignus præscribi non posse.

Veruntamen mihi prior ista sententia, primum à Bulgero proposita, post à plerisque pragmaticis defensa, veritati magis consona esse videtur.

Quod enim cuiuis iuri præscribatur 30. vel 40. annis clare & perspicue à Iustiniano Imperatore asseritur *in l. 4. Cod. de longiss. tempor. praescript.* Nec video qua ratione, quoue fundamento Borcholdus, verba illius textus admodum generalia, de quocunque & quolibet iure concepta, ad ius actionum restringere valeat.

Reliqua argumenta fere omnia hac distinctione eludere conatur noster Treutlerus quod actio nondum nata, præscribi nequeat, actio autem nata, duntaxat præscriptione extinguatur: Sed quidnam de hac distinctione habendum

bendum sit, & quantum ad argumenta ista elidenda & infringenda faciat in resolutione sexti argumenti posterioris opinionis aperiemus.

Quod igitur ad primum argumentum attinet, sciendum est, vulgare illud axioma, quod ea, quæ meræ sunt facultatis præscribi nequeant, non ita simpliciter admitti posse: Alioquin & seruitutes, quæ etiam meræ sunt facultatis, quarumque exercitium in mera facultate liberoque arbitrio eius, cui constitutæ sunt, consistit, præscribi non possent; idemque de actionibus quoque dicendum foret, vt quæ & ipsæ ex mera facultate liberoque arbitrio actoris & creditoris dependent.

Proinde Matthæus Wesenbec. in loco paulo supra citato, axioma istud restringit ad ea, quæ non saltem respectiue, sed absolute sunt meræ facultatis & iure dominii competunt, nec ab alio debentur, sed insunt propriis dominiis: Hæc, ait Wesenbecius, non præscr bi, sed vna cum dominio pendere ab animo domini & voluntate quia posita sint in cuiusque iure absoluto & facultate, vt quamuis nunquam præscribantur, tamen non redduntur propterea incerta rerum dominia, sed magis confirmentur, & ideo cum in his cesset ratio præscriptionis, ipsa quoque præscriptio cessare debeat.

Iam vero Ius offerendi luendique pignus non est ita meræ facultatis, cum quodammodo etiam ex voluntate creditoris pendeat, vt qui recusare possit debiti oblationem, si minus oportuno tempore vel loco offeratur, aut aliam rationem habeat cur acceptare oblatum debitum sibi integrum non esse existimare possit.

Aliter, quoad hoc axioma distinguit Couarru. *1. Resolut. c. 9. num. 2.* vt procedat quoad ea, quæ sunt facultatis, non procedat quoad ea, quæ priuatæ sunt facultatis.

Item vt obtineat in his, quæ sunt meræ facultatis & ad factum pertinent, non vero in il is, quæ iuris sunt & ex aliquo iure competunt.

Secundum etiam argumentum exigui est momenti: Nam hoc duntaxat probat, quod longo & longissimo tempore res ipsa pignorata non præscribitur: sed exinde inferri non potest quod iuri rem pigneratam luendi non præscribatur tempore longissimo. Planeque quemadmodum non sequitur: Res commodata non potest à commodatario præscribi quia ab ipso possidetur alieno nomine, nempe nomine commodantis: Ergo non potest præscribi actioni commodati longissimo tempore: Directo quippe nec pigneratæ, nec commodatæ præscribi potest, sed per indirectum & obliquum potest, si videlicet iuri offerendi vel pigneraticiæ iam natæ præscribatur, vel si commodati actio longissimi temporis præscriptione extinguatur.

Idem ad Tertium argumentum respondendi debet, vbi & hoc addendum, quod nobis quæstio sit de longissimi temporis, nempe 30. vel 40. annorum præscriptione ad quam bonam fidem non requiri, verius est, & suo tempore *infra in disp. de vsucap.* demonstrabimus.

Ad quintum responsio expedita est, in materia videlicet præscriptionis ius Canonicum non attendi sic, vt iuri ciuili præferatur, maxime quando de præscriptione iurium & actionum agitur: Alioquin profecto non facile actio aliqua præscriberetur, cum bona fides plerumque deficiat: Ius vero Canonicum sine bona fide nullam præscriptionem

nem currere patiatur *capit. fin. de praescript.*

Ad sextum argumentum respondendum est, actione nondum natae praescribi non posse, sed tamen iure eo, ex quo nascitur, praescriptione extincto, quo minus nascatur, impediri eam posse: Quamuis igitur actioni pigneratitiae non possit ante pignoris luitionem praescribi vtpote nondum natae, nec in rerum natura existenti, potest tamen ius luendi pignus praescriptione tolli *l. 4. Cod. de longiss. temp. praescript. 30. vel 40. annor.* Eoque sublato, pigneratitia actio, quae non competit, nisi debito soluto & pignore liberato, extinguitur. Impedita quippe causa, effectus quoque, quo minus sequatur, impeditur.

Ad septimum respondetur, praeiudicia Camerae Imperialis non facere ius vniuersale, quod aliis in dicasteriis necessario & praecise obseruari debeat.

Quocirca remotis hisce obstaculis, verissimum est possessionem pignoris ius offerendi, post longissimum tempus 30. vel 40. annorum nequaquam operari sed illud tanti temporis praescriptione extingui.

Quae. 38. *An duabus de principatu vel comitatu contendentibus, vtri vasallus fidelitatem praestet?*

Postremo hunc possessioni effectum attribuit noster Treurlerus quod duobus de principatu vel comitatu contendentibus, in dubio vasallus homagium ei praestare debeat, qui in possessione est.

Veruntamen hoc valde dubium ac controuersum est: Nec enim omnes iuris feudalis interpretes idem sentiunt & decidunt.

Primo enim sunt quidam qui statuant vasallum inuestiturae petitionem differre posse donec constiterit, vter ex illis duobus, de praedio feudali deq; defuncti senioris hereditate litigantibus, defuncto succedere, ac consequenter ab vtro inuestitura petenda sit. Et ita Ludolphus Schraderus *in tractat. feudal cap. 6. part. 2. num. 22.* Vdalricus Zasius *part. 7. num. 7.* Sneidewin. *de feud. part. 5. num. 38.* vbi ait hoc indubitate procedere.

Et ratio huius opinionis haec est quod lis & contentio duorum tertio nihil quicquam praeiudicare aut damno cedere debeat. *cap. si vero. extr. de iure patronatus. l. 14 §. final. ff. de appellat.* Quocirca vasallo, inuestituram, intra statutum tempus, in proposito casu non petenti, lis & contentio duorum super dominio rei feudalis, non debet quicquam praeiudicare aut obesse, sed protestatione interposita, à poena inuestiturae legitimum tempus non petitae erit excusatissimus.

Aliis vero placet ab actore petendam esse inuestituram, addita hac protestatione, quod haec petitio praeiudicare ipsi non debeat, si postea appareat non esse successor. Hartmannus Pistorius *lib. 2. quaest. 20. num 31.*

Denique plerique à possessore praedii feudalis inuestituram petendam esse statuunt ita Hermann. Vulteius *lib. 1. de feud. c. 7. num.* 77. Aluarottus *in cap. vnic. num. 14. quo temp. miles.* Zasius *part. 7. num. 7.* Et haec sententia propterea recipienda videtur, quia supra demonstratum fuit quod ex possessione praesumatur dominium, & tandiu possessor pro domino habeatur in dubio, donec contrarium fuerit demonstratum. Proinde vasallus quoque hunc dominum esse praesumet & ab eo inuestituram petet.

Lit. E. Quae. 39. *An quis possessione iniusta vi priuari possit?*

Subiungitur hoc loco neminem sine causae cognitione possessione sua priuandum esse, quamuis possessio iniusta sit; quod vsque adeo verum esse scribit Andreas Gailius vt praedo etiam in possessione tueri debeat vsque

enim ibi Vlpianus: *Qui vas argenteum perdiderat, eoque nomine furti egerat, de pondere vasis controuersia cum esset, & actor maius fuisse diceret, fur vas protulit, id is, cuius erat, abstulit ei qui surripuerat, dupli nihilominus condemnatus est. Rectissime iudicatum est.*

Hoc, inquam, sententiæ nostræ nihil quicquam detrahit: nam bene Cuiacius *in d. l. extat. 13. ff. quod met. caus.* respondet. auferre eo in loco non significare per vim auferre, & propria authoritate recuperare, sed remediis legitimis ac iure ad hoc proditis recipere.

Hugo Donellus respondet eam *l. 48.* loqui de fure, qui cum vase, quod abstulerat, aufugerit. Quem prosequi eidemque rem ablatam extorquere, idcirco iura permittant, quia melius sit occurrere in tempore, quam post factum vindicare, quod serum sit punire iudicio, cum nulla amplius vltione aut remedio res salua præstari possit. *l. vnic. C. quando liceat vnicuique.* Qua eadem de causa permissum est, debitorem cum re aufugientem sistere, eique debitum vi extorquere, *l. ait prætor. 10. §. Debitorem ff. quæ in fraudem creditorum.* Quod Cuiacius ex lege duodecim tabularum originem trahere existimat, qua lege scriptum erat: *Si caluitur pedemque struit, manum endo iacito.* Similiter non obstat *l. quemadmodum. 29. §. 1. ff. ad L. Aquil.* In qua Domino permittitur propria authoritate, absque iudice quod in suo factum & ædificatum est, tollere ac demoliri.

Etenim eo loci, qui priuata authoritate ædificium demoliebatur, rem possidebat, in eaque extructum destruebat: at in legibus illis, quibus negatur sibi licere ius sine iudice dicere, aut rem suam ab alio auferre, sermo est de eo duntaxat, qui non possidet.

Adde quod is qui destruit, quod in suo factum aut ædificatum est, idcirco iure id faciat, quia non alienum, sed suum destruit: nam ædificium alieno solo impositum cedit solo, ac proinde dominus soli, vtpote suum destruere ac demoliri potest.

Non obstat porro *l. 55. ff. de furt.* in qua Vlpianus: cum creditor rem sibi oppignoratam auferat, non videri eum contrectare, sed pignori suo incumbere.

Hoc enim non euincitur, quod iure faciat creditor rem sibi oppignoratam propria authoritate auferendo; sed hoc solum exinde sequitur, quod creditor furti crimen hoc casu non incurrat: Vbi tamen proculdubio hoc præsupponendum creditorem putasse ius & fas sibi esse, rem oppignoratam debitori propria authoritate auferre: hoc quippe casu cum destituatur animo furandi, furtum committere dici non potest.

Non denique repugnat quod domino directo concedatur Emphyteutam, Canonem intra triennium non soluentem propria atque priuata authoritate expellere, *l. 2. C. de iure Emphyt.* quodque locatori integrum sit, ob non solutam pensionem colonum siue conductorem è fundo eiicere. *l. Æde. C. de locat. l. quæro. §. Interlocutorem. ff. eod. tit.*

Hinc enim minime sequitur, quod Emphyteutam vel conductorem priuata authoritate expellere liceat: nam verbum *expellendi* in adductis legibus ad iuris intellectum referri debet: ac proinde non corporalem deiectionem significat, sed legitimam expulsionem, quæ fiat ministerio iuris per remedia iuris ac competentes actiones, operaque & Authoritate iudicis.

Porro cum iniusta possessio non potest sine causæ cognitione possidenti auferri, multo minus possessio iusta auferri poterit. Hinc & illud receptum iureque sancitum ac constitutum est vt ne iudex quidem rem litigiosam possidenti auferre & apud tertium sequestrare

vel deponere possit *l. vnic. C. de probibit. sequestrat.*

Quæ 40. *An ex causa contumacia fieri possit sequestratio?*

Excipiendam tamen nonnulli arbitrantur contumaciam possessionis, quam iustam esse causam, ex qua sequestratio, ipso etiam inuito, fieri possit, opinantur. & ita Iohannes Coralius *lib. 3. misc. c. 2. num. 8.* Andr. Cludius *de sequestrat. cap. 5. num. 90. & seqq.* Curt. *de sequestrat. in pr. num. 12.* Coler. *in process. execut. part. 1. c. 2. n. 84. cum sequentib.*

Et pro hac sententia adducitur primo textus *in cap. 2. extr. de dolo & contumacia* vbi Alexander pontifex proponit propter contumaciam sequestrationem esse factam: Verba textus ita sonant: *Ex literis vestris accepimus, quod cum vobis causam quæ inter Monachos de Etollen. & canonicos Linconen. super Ecclesiis de V. & M. vertitur duxerimus committendam & canonici citati legitimo, se contumaciter absentauerint: Vos licet, monachi essent ob contumaciam aduersæ partis in possessionem rerum petitarum mittendi, intuitu tamen religionis mitius agere cum eis volentes possessionem sequestrari fecistis, vt sic saltem canonici affecti tædio, stare iudicio cogerentur, tandem monachis Ecclesias sibi postulantibus restitui, canonici responderunt auctoritatem vestram penitus expirasse, eo quod alios ad iudices literas impetrarunt, quæ præiudicare prioribus videbantur. Verum quoniam in posterioribus literis non fuit mentio facta priorum, nec in eis nomina continebantur Ecclesiarum, quæ in prioribus posita fuerant, sed indefinite dicebatur super quibusdam Ecclesiis: Nos attendentes malitiam & dolum nulli patrocinari debere, mandamus quatenus prædictam causam secundum formam priorum literarum, non obstantibus posterioribus, termino tu, expensas, quas propter hoc Monachi fecisse noscuntur, eis à canonicis restitui facientes.*

Ex hisce verbis colligunt atque inferunt ex causa contumaciæ iudicialem, siue necessariam sequestrationem fieri posse.

2. Insuper eodem facere existimant *l. consentaneum. C. quomodo & quando iudex.* vbi propter rei contumaciam dicitur transferri possessio.

3. Adducunt insuper *l. Litibus C. de agricol. & censit.* in cuius versic. si autem hæc verba habentur: *Si autem hoc coloni minime facere voluerint vel non potuerint, tum iidem reditus per officium iudicis annui exigantur per solita tempora, in qua & dominis dependebantur & deponantur in æde sacra.*

4. Præterea pro hac eadem stabilienda sententia ita argumentantur: Si potest iudex partem præsentem ex primo decreto propter absentis contumaciam in possessionem mittere *cap. quoniam frequenter. §. penult. & vlt. cap. Tua. extr. vt lite pendente nihil innou.* multo magis concedendum iudici vt sequestretur res, in quam missio fieri potest, cum ex sequestro non tam pars damnificetur, sicuti ex missione in possessionem *d. c. 2. versic. vos mitius, extr. de dolo.*

Cæterum Iohannes Gœdd. *ad cap. 1. extr. de sequestrat. poss. num. 106.* hanc sententiam reiicit statuitque contumaciam partis possidentis nequaquam esse iustam causam sequestrationis à iudice faciendæ; Idque subsequentibus rationibus obtinere conatur.

1. Si sequestratio ob contumaciam rei & possessionis fieret, sequeretur quod esset modus coercendi contumaciam: Iam vero sequestratio non est modus coercendi contumaces sed succurrendi saltem alterutrius partis iuri & vtilitati, Igitur falsum est quod contumacia sit iusta causa sequestrationis.

2. Regula est *in l. vnic. C. de prohibit. sequestrat.* quod sequestratio, inuito possessore fieri non debeat: Cui regulæ standum

standum est, vsque dum exceptio manifeste probata fuerit: Iam vero nulla est lex, nulla constitutio, qua demonstrari possit quod casus contumaciæ à superiori regula exceptus sit; Regulę proinde etiam isto in casu standum, nec ex contumaciæ causa sequestratio permittenda.

3. Adhæc necessarium etiam sequestrum requirit partis vtriusque consensum, vel à lege præsumptum: Atqui hic consensus in contumace deficit: Nec enim vlla produci potest lex, quæ præsumat contumacem in eiusmodi sequestrum consentire.

4. Sicuti contumaces sæpius citandi vt euidenter eorum malitia arguatur. *Authent. qui semel, C. quomodo & quando*, sic etiam conuicti digna affici debent pœna vt nihil iuris detrahatur parti obedienti argum. *l. Respiciendum ff. de pœn. l. sancimus. C. eod.* At si potius sequestro ponerentur res litigiosæ quam in eas mitteretur pars morigera, contumax leuiore, quam deceret affligeretur pœna, & delinquentis, quam innocentis melior foret conditio, cum illi succurreretur huic ius debitum subtraheretur.

Verum enim vero ad hæc Gœdd. argumēta respōdet ordine Andr. Cludius.

Et quidem ad primum, sequestrationem ait non minus atque missionem in possessionem bonorum esse remedium coercendi contumaces, idque euidenter probari per *d. c. 2. extr. de dolo & contum.* vbi expresse asseritur propter contumaciam sequestrationem esse factam.

Idem etiam ad secundum argumentum responderi potest, exceptionem videlicet prædictæ regulæ aperte fundatam esse in illo *cap. 2.*

Sed tamen Gœdd. negat ac pernegat quod *d. c. 2.* probetur ob contumaciam fieri posse sequestrationem; Ait enim pontificem Alexandrum illic sequestrationis obiter tantum meminisse, facti speciem solummodo retulisse, nihil decidisse, nisi quod constituerit rescriptum, dolo malo impetratum, nullius momenti esse nec impetrantibus patrocinari, ideoque nihil certi quoad sequestrationem, ex isto textu desumi posse.

2. *Deinde* respondet versic. illum, *Licet Monachi* vbi stabiliri videtur sequestratio, ex causa contumaciæ facta, non continere decisionem pontificis, sed literas supplicantium vel consulentium, ideo legis dispositionem eam non inducere, maxime cum decisioni non sint inclusa.

3. Insuper ait decisionē Pontificis *in §. verum quoniam in posterioribus literis.* non debere referri ad versic. *Licet Monachi.* in quo sequestrationis fit mentio sed referendam esse ad versic. *Tandem Monachi.* ita vt pontifex sequestrationem non approbet, sed ad *versic. vltim.* respondeat.

4. Denique sequestrationem dicit non rite ac iure factum esse, sed priuato arbitrio, vel religionis aut fauoris intuitu, & sic specialem esse casum propter religionem exceptum, eumque confirmare regulam in casu non excepto, cessante videlicet religione. Hoc igitur modo exceptionis fundamento euerso, ipsam quoque exceptionem subuersam esse arbitratur Gœdd.

Verum enim vero hanc responsionem & interpretationem isto modo eneruat Cludius. Quod initio dicebatur, sequestrationis mentionem *in d. c. 2.* obiter saltem fieri, id ad rem nihil pertinere putat, eo quod sufficiat sequestrationem, ex causa contumaciæ factam, expresse non improbari: quin imo pontificē satis cōprobare sequestrationē dicit dum canonicos contumaciter absentes & quorū bona sequestro sunt subiecta in expensa quoq; cōdēnat: Insuper sequestrationē quæ monachis fuerat cōcessa ꝑ rationē ibi à pōtifice adductā cōfirmari, quādo pontifex subiicit, malitiam & dolū nemini debere patrocinari,

quod

quod vel maxime in contumacia procedat vt quæ dolo & malitia committatur. Ad secundam responsionem instat, etsi *d. versic. Licet Monachi*, verbis Pontificis seu decisioni expresse inclusus non sit; Attamen hoc ipso quod sequestrationem in subiecta decisione pontifex non improbat, sed potius per rationem subiectam confirmat, satis intelligi decisioni inclusus esse: Quin etiam non semper necessarium esse omnia in facti specie præmissa ac proposita in decisione repetere, aut decisioni inserere, sed satis esse si ad propositam facti speciem generalis decisio, totam facti speciem concernens subiiciatur. Ad tertium obiectum respondet Cludius, iuris rationem dictitare decisionem ad totam facti speciem totumque casum referendam esse, inprimis vero quando ratio & decisio subiecta generalis est totamque ad facti speciem commode referri potest: Neque solum ad propositam facti speciem ibidem responderi, sed insuper etiam Canonicos, quorum bona sequestro sunt posita, in expensas condemnari, quod ipsum etiam innuat, in præsenti casu rite factam esse sequestrationem, neque improbandam.

Quod quarto & vltimo loco adducebatur exigui momenti esse videtur; Quod enim sequestratio rite ac iure sit facta & ratio Pontificis indicare ac iura testari videntur, satisque eo innuitur, quod Canonici, quorum bona sunt sequestrata in expensas condemnati fuerint. Deinceps priuato arbitrio sequestrationem in casu *d. cap. 2.* esse factam, dici non potest, cum à iudice sit facta, nimirum Abbate de Ramesia & Archidiacono Helionensi, pro quibus etiam, sicut quolibet alio iudice iur's præsumptio militat *c. sicut in fine. de re iudicat.* Denique nec illud asseri potest, religionis aut fauoris intuitu sequestrationem esse decretam & sic casum esse specialem & ad alios non extendendum.

Nam ob id, quod Monachis litigantibus sequestratio concessa fuit, multo magis dicendum est in aliis quoque casibus sequestrationem fieri posse. Cum Monachi, tanquam personæ miserabiles, magis censeantur priuilegiati, iisque pinguiori remedio decurrendum fuerit.

Ad tertium argumentum respondet Cludius, quando quis legitime citatus non comparet, sed contumax existit, adesse vtique consensum eius in sequestrum præsumptum, non minus atque in missionem in bonorum possessionem; cum sequestratio non tanti sit præiudicii, quanti est missio in bonorum possessionem.

Ad quartum respondetur, si reus legitime citatus non comparuerit, actorem in ipsius contumaciam procedere & iustitiæ administrationẽ petere debere quo facto in actoris esse arbitrio vel sequestrationẽ vel missionẽ in bonorũ possessionem petere; quod si sequestratio nem petere maluerit & iudex ad ipsius instantiam sequestrationẽ concesserit, actorem iure conqueri non posse quod contumax pœna digna non fuerit affectus vel quod delinquentis melior sit conditio quam innocentis. Atq; ita argumentis Gœddel, pro negatiua sententia adductis, ab Andrea Cludio satisfieri videtur.

Interim sententia affirmatiua nititur optimo fundamento *d. c. 2. extr. de dolo & contumac.* vti ex prædictis liquet.

Defenditur deinceps etiam ratione supra postremo loco adducta, quod nempe, cum iudex ex causa contumaciæ possit mittere in possessionem bonorum contumacis, multo magis possit eadem ex causa sequestrationem decernere.

Quanquam enim Gœddeus respondeat, argumentũ à missione in bonorum possess-

possessionem ad sequestrationem non procedere: Tum quia sequestratio & immissio separata sint, ac missio in bonorum possessionem ordinarium sit remedium omnique iure permissum, sequestratio vero sit remedium extraordinarium & toto genere prohibitum.

Tum quia sequeretur quod vbicunque fieri deberet missio in bonorum possessionem admittenda potius esset sequestratio. Tum quia contumax potius beneficio, quam damno adficeretur. Tum quia per missionem in bonorum possessionem ex primo decreto missus consequitur ius pignoris prætorii *l. 4. §. 1. l. 15. §. ex hoc edicto. ff. de damn. infect. cap. fin. extr. de eo qui mittitur in possessionem*, At per sequestrationem ius pignoris eiusmodi non constituitur *l. si fideiussor. §. fin. ff. qui satisd. cogunt.* Cui consequens foret, vt actor minus, quam oportuisset, imo nihil consequeretur iuris per sequestrationem: Nemini autem ius suum alterius facto quæsitum inuito detrahetur, ne quidem per Imperatorem. *l. Nec. auus C. de emancipat.*

Veruntamen hæc argumenta adductam rationem non infringere nec enervare perspicue ostendit Cludius. Etenim argumentum quod à missione in bonorum possessionem ad sequestrationem ducitur, non est argumentum à separatis, sed à maiori ad minus & nititur vulgari ista regula iuris, cui licet quod plus est, ei non debet denegari quod minus est.

Nec verum est quod missio in bonorum possessionem sit remedium ordinarium, cum non minus extraordinarium sit atque sequestratio. Falsum præterea est quod ex proposito argumento sequeretur, vbicunque fieri deberet missio in bonorum possessionem ibi potius admittendam esse sequestrationem, quia supra ostensum fuit quod in arbitrio sit actoris vtrum malit se in bona contumacis mitti, an vero bona litigiosa sequestrari. Sic etiã ad rem non facit, q subsistente argumento nostro damno afficeretur actor, contumax vero beneficio. Si enim inquit Cludius, petita est sequestratio per actorem eaque decreta à iudice & ex eo beneficium quoddam reus contumax accepit, est quod actori reus contumax ob id gratias agat, qui mitius cum ipso egit ac sequestrationem petiit. Deinde magnum est damnum nec pro beneficio habendũ quando alicui propter commissã contumaciam bona eripiuntur & sequestro ponuntur, ita vt eorum administrationem quis habere & fructus percipere amplius nequeat. Præterea sæpius contingere potest vt sequestratio petita & decreta grauius periculum & damnum pariat, quam missio in possessionem. Nam si actor in contumaciam rei citati seruato iuris ordine, vti supra monuimus, procedit & documentis est instructus ita vt iura sua deducere ac demonstrare absq; negotio possit, non tenetur lapsum anni expectare sicuti in missione in bonorum possessionem iuris est, sed potest deductis suis iuribus actor ad sententiam concludere eiusque publicationem petere atque ita sententiam definitiuam ante annũ impetrare: Quo facto sequestratio petita malus gignit damnũ, quam in possessionem missio; quia actor per sententiam rei litigiosæ dominium consequitur & reus contumax amplius non auditur.

Quod attinet ad *L. Consentaneum. C. quomodo & quando iudex.* quæ itidem pro affirmatiua opinione adduci solet. Verum est quod parum ad rem faciat. Nam perspicuum est illic verbum *transferre* non esse interpretandum de translatione quæ fiat per sequestrationem, sed de ea quæ fiat per missionem in possessionem bonorum.

Pari modo affirmatiuam sententiam

non probat *l. Litibus C. de agricol. & censit.* Etsi enim de redituum sequestratione loquatur, obseruandum tamen est, illam sequestrationē redituum non fieri propter contumaciam sed cum aliter interim, dum lis terminatur custodiri non possent, optio datur colono vtrum satisdare, an reditus annuos inferre velit sequestrandos; atque ita species illic habetur sequestrationis voluntariæ, non vero necessariæ, de qua tamen sola hic nobis sermo est. Cæterum an sequestratio necessaria admittatur propter metum armorum, ob denegationem cautionis ob causam dilapidationis & incertitudinis status supra *volumin. prior. disput. 26. q. 16. & 19.* tractatum fuit.

Quæst. 41. *An sequestratio fiat ob periculum dilapidationis?*

Quæ. 42. *An ex causa denegata cautionis?*

Quæ. 43. *An ex causa incertitudinis status?*

Lit. F.

Habet præterea possessio sua remedia, quibus omnibus impedimentū aliquod ei struentibus occurri potest; de illis vero remediis *infr. disp. 25. de interd.* amplissimus erit dicendi locus.

Quæ. 44. *An quod in nostro ædificatur, propria authoritate possit destrui?*

Hic illud discutiendum venit, vtrumne id quod in nostro ædificatū est, destruere propria authoritate valeamus?

Videbatur hoc prima fronte negandum, quia supra ex *l. 13. ff. quod met. caus.* & aliis consimilibus textibus demonstratum est, neminem posse sibi ipsi ius dicere, nec quicquam priuata facere authoritate quod publicis actionibus expediri potest. *l. Non est singulis. ff. de Reg. Iur.*

2. Accedit deinceps rationi huic etiam textus *in l. ossa. ff. de religios. & sumpt. funer.* vbi ossa ab alio illata in sepulchrum meū non possum propria & priuata authoritate eruere, alioquin iniuriarum actione conuenior.

Verum contraria sententia citra omnem dubitationem est verissima & sequentibus fundamentis nititur.

1. In *l. 27. ff. de seruitutibus Vrban prædior.* Pomponius ita scribit: *Sed si inter me & te communes sunt Titiana ædes & ex his aliquid non iure in alias ædes meas proprias immissum sit, nempe mihi tecum agere licet vt perdere.* Ecce hic optio & electio datur domino prædii, in quod immissum quippiam aut ædificatum est vt, vel actione & iure eum ædificantē experiatur, vel ædificium perdat.

2. In *l. 29. § 1. ff. ad L. Aquil.* Consimiliter proponitur dominum posse id, quod in prædio vel ædibus ipsius factum & ædificatum est intercidere vel destruere: Verba Vlpiani ICti hæc sunt: *Si protectum meum quod supra domum tuam nullo iure habebam, recidisses; posse me tecum damni iniuriæ agere, Proculus scribit: Debuisti enim mecum, ius mihi non esse protectum habere, agere, nec esse æquum damnum me pati, recisis à te meis tignis. Aliud est dicendum ex rescriptis Imperatoris Seueri, qui ei per cuius domum transitus erat aquaductus citra seruitutem, rescripsit, iure suo posse eum intercidere, & merito, interest enim quod hic in suo protexit ille in alieno fecit.*

3. Assentitur his Venuleius ICtus *in l. 22. § 2. ff. quod vi aut clam.* verba eius hæc sunt: *Si ad ianuam meam tabulas fixeris & ego eas, priusquam tibi denuntiarem, refixero: deinde inuicem interdicto quod vi aut clam egerimus, nisi remittas mihi vt absoluar, condemnandum te quasi rem non restituas quanti mea intersit, aut exceptionem mihi profuturam, si non vi, nec clam, nec precario feceris.*

4. Confirmat hanc sententiam manifesta etiam iuris ratio: Quod enim in solo meo ab alio ex aliena materia ædificatum est, solo cedit, & ita meum fit *l. Adeo §. ex diuerso. ff. de acquir. rer. domin. §. Ex diuerso. I. de Rer. diuis.*

Quocirca destruendo id, quod iure soli meum est, nemini iniuriam facio *l. si in area. ff. de condict. indeb.* Cum rebus meis vti vel etiam abuti mihi liceat. *l. sed etsi lege. § consuluit. ff. de petit heredit.*

Nec refragatur quod nemini possit sibi ipsi ius dicere: Hoc n. locū non habet quando quis de re propria sua disponendo nemini præiudicat nec cuiusquam.

quam ius deterius reddit. Similiter non refragatur *d.l.ossa.de religios.& sumpt. fun.*

Nam respondetur singulari fauore religionis hoc esse receptum, vt quis ossa in meum sepulchrum illata eruere nequeat.

Verum hanc responsionem improbat Corasius ad *l.1.num. 64. Digest. de seruitut.* propterea quod religio nolit fauorem aliquem sibi vindicare cum alterius iniuria. *argum. cap. quicunque caus. 17. quæst.* 4.

Et quia magis fauetur priuato prohibenti certantique de damno vitando, quam piæ causæ. Bart.*in l. 1.pr. ff. de oper. nou.nunt.*

Sed melius respondet Corasius obiectam *l. Ossa.* loqui de ossibus illatis in sepulchrum, quæ idcirco tollere non liceat quia non sunt domini sepulchri propria: Sepulchra quippe dicente Vlpiano *in l.1. ff.si seruit. vindic.* nostri domini non sunt.

Equidem plerique iuris nostri Interpretes sic demum permittunt domino ædificatum in suo propria authoritate tollere, si etiam in possessione sit ædificii, Corasius *d. loco.* Vdalricus Zasius *in l.1.§.16 num.4 ff. de nou oper. nunt.* secus si ædificans in possessione sit; Id quod & æquitatem rationemq; habet.

1. Quia nemo possessione etiam iniusta sine cognitione causæ iudicisque auctoritate potest priuari, prout supra ostendi.

2. Quia res hæc facile posset causari tumultum *l Non est singulis.ff.de Reg. Iur.*

3. Quia ICtus *in l. actio.§.ex diuerso. Digest.de acquir.dom.* & *§.ex diuerso.l.de Rer. diuis.* perspicue ostendit ꝙ ædificatum in suo quis vindicare & actione petere debeat, dum exceptionis per quam sumptus seruari possint à possessore, mentionem facit.

RESOLVTIO THESIS
Sexta.

De probatione possessionis in hac thesi Treutlerus noster quædam subiicit. Equidem possessio cum non solum in iure, sed etiam in facto consistat, non præsumitur, sed probari debet. Modi autem probandi possessionem seu animum potius possidendi ab Authore hoc loco summatim tres referuntur; Iuramentum; simplex assertio audientibus ac præsentibus aliis facta, & denique factum. Quæ. 45. *Vnde & quomodo possessio animusque possidendi probetur?*

Et quidem animum possidendi probari iuramento, certum est: Quæ enim in animo & conscientia alicuius consistunt iuramento probantur Hippolit. de Marsil. *in practic. crimin. in §. diligenter n. 109.* Borcholt. *de acquir. poss. c. 3. n. 15.* Si igitur fundum ingressus iureiurando asseuerit se ea mente & cogitatione ingressum esse fundum vt eum possideret, satis animum suum probasse dicetur.

Deinde si fundum ingrediens hominibus præsentibus & audientibus dixerit, se eo animo introire fundum qui vacuus est, vt possessionem eius acquireret, censetur animum possidendi probasse, testibus illis de hoc deponentibus: quandoquidem animus non præsumitur esse alienus à verbis. *Lit. B.* Quæ. 46. *An probetur possessio ex cultura rei?*

Facto denique probatur possessio varie & primo cultura rei vt si fundum quis arando & seminando coluerit: Hic quippe cultura probata, censetur & animus possidendi esse probatus. Bald. *in l. 3. Cod. fin. reg. num.* 4. Borchold. *d. tr. de poss. c. 3. n. 15.*

Sic etiam ex fructuum perceptione probatur possessio & animus possidendi *l. 2. & ibi* Bartol. *Cod. de acquir. & retinend. poss.* Borcholt. *dict. c. 3. num. 16.* Quæ. 47. *An probetur ex fructuum perceptione?*

Quod si igitur quis probauerit se fructus prædii collegisse ac percepisse simul etiam animũ possidendi probasse intelligitur. Mascard. *de probat. volum. 3. conclus. 1185.* & ita omnes statuere asserit Menoch. *de Retinend. poss remed. 3. n. 564.*

Quod ita ampliat & extendit Menochius vt procedat etsi alius nostro nomine fructus perceperit, quoniam sufficiat quod nomine absentis fructus percipiantur. *cap. ad audientiam de praescriptione*: Quod tamen aliis displicet, nec mihi verum esse videtur quoniã animus possessoris non ex alieno, sed ex proprio duntaxat facto colligi potest: Nec enim sequitur alius meo nomine fructus ex fundo percepit: Ergo animũ possidendi habui. necessarium igitur est, vt ex perceptione fructuum possessio probetur, me ipsum fructus collegisse ac percepisse: proprium enim factum animi mei sententiam declarat, non alienum.

Quæ. 48. *An probetur ex perceptione pensionum?* Insuper ex perceptione pensionis possessio probatur, cum pensio sit loco & vice fructuum ac fructus ciuilis in iure dicatur: Vt igitur alia fructuum perceptio possessionem fundi arguit; ita etiam perceptio pensionis Paris. *lib. 1. Consf. 104. n. 88.* Iacob. Menoch. *d. remed. 3. n. 567*, Bartol. *in l qui vniuersas. §. quod per colonum. ff. de acquir. poss.*

Quæ. 49. *An ex censuum & collectarum solutione?* Præterea probatur possessio & animus possidendi ex censuum & collectarum solutione, Menoch. *d. remed 3. n. 568.* Et ratio est quod eius sit collectas soluere & census qui rei possessionem obtinet: Nec verisimile est eum qui rem nõ vult possidere, oneri collectarum censuumque sese subiicere.

Quæ. 50. *An ex inuestitura?* Adhæc possessio probatur inuestitura Menoch. *d. remed. 3. n. 571.* Andr. Gail. *2. obseruat. 152. n. 14.* Quod tamen de vera inuestitura recte interpretatur Andreas Gailius, quia per eam solam possessio rei feudalis inuasallum transfertur. *c. 1. in pr. quid sit inuestit.* Abusiua autem inuestitura cum non transferat possessionem sed obligationẽ duntaxat pariat, quia inuestiens ad traditionẽ vacuæ possessionis rei, de qua inuestitura facta est, obligetur, ex ea idcirco possessio probari nequit. vide Vulteiũ *l. 1. de feud. c. 10. n. 10. & n.*

Quæ. 51. *An ex clauium traditione?* Clauium præterea traditione transfertur possessio rerũ illarum quæ continentur eo, quod clauibus istis clauditur: Quod tamen ita verum est si claues in conspectu rei quæ clauibus clauditur traditæ fuerint. Sic enim in *l. clauibus 74. ff. de contrahend. empt.* Papinianus ICtus scribit: *Clauibus traditis ita mercium in horreis conditarum possessio tradita videtur, si claues apud horrea tradita sint, quo facto confestim emptor dominiũ & possessionẽ adipiscitur.*

2. Idem quoq; comprobat *l. 1. §. si iusserim. penult. ff. de acquir. poss.* vbi ita scribitur: *Si iusserim venditorem procuratori rem tradere, cum ea in praesentia sit, videri mihi traditam Priscus ait. Idemq; esse si nummos debitorem iusserim alii dare. Non est enim corpore & actu necesse apprehendere possessionẽ; sed etiam oculis & affectu. Et argumento esse eas res quæ propter magnitudinem ponderis moueri non possunt; vt columnas: Nam pro traditis eas haberi, si in re praesenti consenserint & vina tradita videri cum claues cellæ vinariæ emptori tradita fuerint.*

3. Et hæc sententia quod traditio clauium possessionem non transferat nisi in rei præsentia facta sit, communi Dd. calculo recepta est, & ita statuunt Panorm. *in c. 2. n. 10. de consuetud.* Bartol. *in l. 1. n. 18. ff. de acquir. poss.* Didac. Couarru. *lib. 3. variar. resolut. c. 16. n. 11.* Hubert. Giphanius & Francisc. Hotom. *ad §. Item si quis merces. 44. I. de Rer. diuis.* Iacob. Menoch. *Remed. 3. rtinend. poss n. 569.*

Nec huic sententiæ refragatur textus *in d. §. si quis merces. 44. I. de Rer. div.* vbi absolute & simpliciter dicitur, traditione clauium horrei, transferri merces in horreum repositas, nec amplius quippiam additur de traditione clauium

apud

apud horreum facienda; quod tamen, si ad possessionem transferendum necessarium esset, ab Imperatore procuidubio prætermissum non fuisset.

Hoc, inquam, non obstat: Nam hic textus ex *d.l.clauibus.* suppleri debet: ibi enim aperte scribitur; ita demum possessionem transferri si apud horreum claues sint traditæ; textus autem generaliter loquens restrictionem & explicationem recipit ex textu distinguente & specialiter loquente *argum.l. in toto iure.ff.de Reg.Iur.& l.Inciuile.ff.de legib.*

De instrumenti traditione vtrumne per eam possessio rei, de qua instrumentum erat confectum, transferatur itidem quæstio est?

Et pro affirmatiua sententia videtur expressus esse textus *in l.1.C.de donat.* vbi Imperator Seuerus & Anton. Lucio in hæc verba rescribunt: *Emptionum mancipiorum instrumentis donatis & traditis & ipsorum mancipiorum donationem & traditionem factam intelligis, & ideo potest aduersus donatorem in rem actionem exercere.*

Cur autem tradito instrumento ipsa res tradita censeatur, ratio hæc est quod instrumenta æstimantur non tam ex literis, quam ex eo, quod in iis continetur, vt qui legat instrumentum, aut qui vendit, non tantum tabulas, sed etiam nomen & debitum ipsum legare aut vendere videatur. *l.44.§.Eum qui ff. de legat.1.l.59.ff.de legat.3.*

Cæterum de traditionis instrumenti effectu memini me supra sub disput.1. huius volumin. posterioris prolixe disseruisse. Idcirco breuitatis causa me eo refero.

Quæst.52. *An probetur fama?* Denique ad possessionem probandum sufficere semiplenam probationem, quæ scilicet fiat aut per vnicum testem aut per famã post Dec. Hormader. Curt. senior. Wesenbec. Gabrielium & quos prætera allegat Iacobus Menochius *de Retinend.possess.remed. vltim. n. 34.* statuit hoc loco noster Autor: At sine vlla euidenti ratione: Neque à supra allegatis vllum, vel minimum etiam, adducitur assertionis eius fundamentum. Et sane cum possessio plurimũ secum ferat commodi *§.Retin.Inst.de interd.* multum etiam partis aduersæ contineat præiudicii *dict. §. Retinendæ. versic. commodum.* variosque in iure producat effectus, vt ex iis, quæ sub thesi 5. propositæ fuerunt luculenter patescit. Idcirco nõ minus plenam & perfectam desiderat probationem atque cætera, quæ in iure probanda veniunt. Quæst.53. *Quibus testibus probetur possessio?*

Cumque regula sit nullam, nisi perfectam & plenam probationem, ad conuincendum aduersarium, admittendam esse *l.9.§.1.C.de testibus* ab hac autem regula nuspiam reperiatur excepta possessionis probatio, nec etiam vlla eiusmodi exceptionis iusta occurrat ratio, minime vulgaris iste error de imperfecta possessionis admittenda probatione, ferri vel in iudiciis recipi deberet. Cæterum de fama, quatenus vim probandi habeat, dictum est sub *disput. de probat. volum.h:: us poster.*

RESOLVTIO THESIS Septima.

HActenus de acquisitione retentione & probationis dictum & actum fuit, vnicum superest, vt nempe videamus quibus modis possessio legitime acquisita rursus amittatur. *Lit.A.& B.*

Er primo quidem amittitur possessio quando res possessa humanis vsibus est exempta & vel religiosa vel sacra, atque sic diuini iuris est effecta; de quo textus est *in l. 30. §. 1. Digest de acquir. vel amittend.* vbi sic Paulus scribit: *possessionem amittimus multis modis, veluti si mortuum in eum locum intulimus quem possidebamus: Namque locum religiosum aut sacrum non possumus possidere et si contemnamus religionem & pro priuato eũ teneamus.*

Ratio autem cur huiusmodi mutatione possessionem amittamus, non est obscura, sed euidens & cuiuis obuia. Hæc nempe, quam & Paulus indicat, quod res sacra & religiosa facta in eum sit deducta statum vt possideri nequeat hoc vero ideo quia possessio rei cuiusque est vel propter dominium, vel propter vsum rei: In re autem religiosa vel sacra nec vsum, nec dominium habemus. §. *Nullius.* & §. *Religiosum.* §. *sacra.I.de Rer.diuis.*

Secundo amittitur possessio cum res possessa in aliam mutatur speciem: Ita quippe hac de rescribit Paulus *in d.l.30.§.4.* item *quod mobile est multis modis desinimus possidere: si aut nolimus, aut seruum manumittamus. Item si quod possidebam in aliam speciem translatum est veluti vestimentum ex lana factum.*

Ratio huius est ista quod cum lana ad vestem redacta desinat esse lana, amplius à nobis possideri nequeat: Nam quod sublatum est & in rerum natura esse desiit possideri amplius nequit, cum non entis nullæ sint qualitates, nullæ considerationes. Veruntamen hoc de vera duntaxat speciei mutatione accipiendum, de ea vero, qua externa saltem rei forma & figura mutatur, resque ad priorem speciem facile reduci potest, nequaquam intelligendum erit: Huiusmodi enim mutatio, sicut dominium non tollit, ita nec possessionem priori possessori adimit. §. *Cum ex aliena,I.de Rer.diuis.*

Lit. C. Mutatione præterea personæ possessionis amittitur possessio. Quod fit quando possessor vel in alterius potestatem redigitur, vel in rebus humanis esse desinit. *l.30.§.3. Cod.* In alterius potestatem redigitur qui arrogatur, aut qui dominio alterius subiicitur. & ratio est quod qui ipse possidetur, aliquid possidere non potest *l.23. §. vlt.l.49. §.1.Digest, de acquir.poss.ff.* Et cum dominium ex hac causa amittatur, *l. penult. §. 1. ff. de bonor. poss. se. und. tabul.* possessio multo magis amittetur, vt quæ & alias facilius, quam dominium amittatur. *l. 17. §. 1. ff. d.tit.* Morte possessoris amitti possessionem certum est: cum enim animi sit & corporis *l.3.§.1.ff.de acquir. poss.* consequens est vt animo isto & corpore sublato possessio quoque tollatur: Nec eam in heredes, sicut dominium, continuari, sed ab illis de nouo acquirendam & apprehendam esse, clare dispositum est *in l.23. ff. de acquir.poss.* vbi Iauolenus ait: *Cum heredes instituti sumus, adita hereditate, omnia quidem iura ad nos transeunt: possessio tamen nisi naturaliter comprehensa, ad nos non pertinet.* Quod tam in suo herede, quam extraneo locum obtinere supra ostensum est.

Ad hæc possessio amittitur cum res possessa à latronibus vel hostibus occupatur, per textum *in l.3.§ 8.ff. de acquir.poss.* vbi tamen sic demum per occupationem amitti possessionem ostenditur, si dominus præ terrore fundum siue prædium accedere non audet, quia nihil interest, an in fundo constitutus vi deiiciatur, an vero prohibeatur vel non ausit accedere, Sola igitur & nuda occupatio possessione dominum non priuat.

Amittitur porro possessio quando res possessa mari vel flumine occupatur: Ita enim Paulus *in l.3.§.17.ff. de acquir.poss. Labeo & Nerua filius responderunt desinere me possidere eum locum quem flumen aut mare occupauerit.*

Et ratio huius ista esse videtur quod innudatio facit vt res corporaliter à me, etsi velim, possideri non potest: Ad possessionem autem necessaria est saltem potestas naturalis comprehensionis *l.3.§.Nerua & sequent.Digest.de acquir. poss.*

Sed huic expresse obloqui videtur

l.30.

*l.30.§.3.ff.eod.tit.*dum Paulus ait: *Quod mari aut flumine occupatum sit, possidere non desinimus.*

Extant autem variæ harum legum conciliationes: Etenim Dionysius Gothofredus in not.ad *d.l.30.§.3.*distinguit, vtrum inundatio sit breuis & ad paucos dies, atque talis, quæ facile sit recessura, an vero inundatio duratura ad longum tempus, nec facile recessura speretur: Vt priori casu obtineat id, quod *d.l.30.§.3.*scribitur: posteriori vero casu locum habeat *d.l.3.§.17.*

Æmylius Ferrettus distinguit hoc modo, vt si inundatio sit talis, quæ mutet fundi vel agri speciem & formam, tunc non solum possessio, sed & dominium amittatur, & de hac inundatione vult intellectam *d.l.3.§.17.*Sin vero inundatio non mutet formam & speciem agri, possessio non amittatur. *d.l. 30.§.3.* Glossographi vulgo distinguũt hoc modo, vt si exigua sit inundatio ita vt terra adhuc videatur & ex parte etiam coli possit, possessio non amittatur: sin ita sit magna vt terram in totum tegat, vt nec videri nec coli possit, amittatur possessio.

Quæ. 54. *An corpore simul & animo possessio acquiratur?* Denique possessionem amittimus animo & corpore: Ita Paulus *in l.8.ff.de acquir.possess.Quemadmodum*, inquit, *nulla possessio acquiri nisi animo & corpore potest: ita nulla amittitur, nisi in qua vtrumque in contrarium actum est.*

2. Idem *in l. 6.ff.eod.tit.*haut obscure scribit Papinianus; *Quamuis* inquiens, *saltus proposito possidendi fuerit alius ingressus, tandiu priorem possidere dictum est, quandiu possessionem ab alio occupatam ignoraret: Vt enim eodem modo vinculum obligationum soluitur, quo quæri adsolet, ita non debet ignoranti tolli possessio, quæ solo animo tenetur.*

3. In *l 153.de Reg.iur.* Paulus *Fere*, ait, *quibuscunque modis obligamur, iisdem in contrarium actis liberamur; Cum quibus modis acquirimus, iisdem modis in contrarium actis amittimus: Vt igitur nulla possessio nisi animo & corpore potest; ita nulla amittitur, nisi in qua vtrumque in contrarium actum est*

Sed huic sententiæ quod possessio animo & corpore amittatur, valde refragatur quod idem Paulus *in l.3.§.In amit tenda.ff. de acquir. vel amit.possess.* vbi disserte scribit, solo animo possessionem amitti posse, quamuis acquiri non possit.

2. Refragatur eidem præterea *l. si quis 17.§.1.eod.tit.* vbi possessionem à dominio discernit, quod possessio recedat simul ac quis constituerit nolle se possidere: dominium vero non amittatur, etiam si quis dominus esse nolit.

3. Et *in l.si me in vacuam.34. eod. tit.* idem Vlpianus ait, possessionem animo deponere ac mutare nos posse; idque Cellum ac Marcellum scribere.

4. His adstipulatur Papinianus *in l. 44. §.vltim. ff. de acquir. possess.* vbi similiter possessionem eius, quod corpore nostro tenemus, vel animo amitti refert.

Hæc apparens antinomia varie conciliatur à iuris nostri Interpretibus. Etenim Iacobus Cuiacius *in paratitl.C de acquir. & ret. possess. & in l.153. de R.I.* Ioh. Borcholt.*de acquir.poss.c.vlt.n.1.2.& 3.* Iulius Pacius *cent. 6. quæst. 96.* Philippus Matth.*ad d.l.153.de Reg. Iur.* ita adductas leges conciliare nituntur, vt regulariter quidem possessio corpore & animo amittatur; sed aliquando tamen solo etiam animo, vt si hybernos vel æstiuos saltus eo tempore quo corpore illos nõ detinet, nolle se possidere constituat, solo animo possessionem amittet, quoniam & possessionem illorum solo animo retinet eo tempore, quo saltibus iis corpore non incumbit.*arg.l 3.§. saltus.ff. de acquir. poss.* Hinc particulam *fere* in initio *d.l.153.* positam *in versic.sequenti*

quenti repeti volunt, quasi ICtus Paulus scripsisset *fere animo & corpore possessionem amitti*; atque exinde cæteros textus generaliter loquentes restringendos & interpretandos esse.

Fransc.Connan. *lib.3.cap.9.n.4.*& Ludouicus Charundas *lib. 2. cap.5.*hoc modo præfatam antinomiam conciliat, vt leges, quæ dicunt solo animo possessionem amitti, de ea possessione loquantur quam quis volens amittit: Cæteræ vero leges de ea possessione quam quis inuitus amittit, quamque animo & corpore habemus. Sed huic diserte contrariatur *l. 8. ff. de acquir. possess.* in verb. *Nulla possessio.*

Gilbertus Regius *lib. 2. Antin.c.19.*ait leges quæ solo animo possessionem amitti volunt de vsucapione loqui, in qua præcipue ratio habeatur affectionis & animi.

Matth. Wes. *in paratitl. ff. de acquir. & retinend. poss.* Fr.Duar. *in l.3.§.in amittenda.ff. de acq.poss.* distinguunt vt possessio, quatenus iuris est & in animo consistit, solo animo amittatur, quatenus autem in facto & detentatione simul consistit corpore & animo amittatur. Æmyl. Ferret. *in d.§.in amittenda,*ait in acquirenda possessione præcedere corpus, sequi animum. Sed in amittenda contrarium esse ordinem vt prior sit animus eumq; sequatur corpus.

Hub.Giph. *in d. §. In amittend.* Ita circa hanc antinomiam statuendũ putat: possessionem tunc demum animo simul & corpore amitti quãdo corpore primum amittitur, tunc enim animus simul requiritur; vt scilicet quemadmodum non acquiritur nisi corpore & animo, ita quoque nõ amittatur solo corpore, sed etiam animo. Non esse a. necesse ait vt hæc cõparatio per omnia valeat, sed satis esse si in vno: Nẽpe vt possessio nõ solo corpore, sed etiã animo acquiritur: Ita nõ amittatur solo corpore sed etiam animo.

Hermannus Vulteius *in pr. l. de Interdict.* sic statuendum existimat: Regulariter possessionẽ sola animi destinatione, vt quisque cõstituit nolle possidere, protenus amitti: Verum in interdicto de vi & vi armata hanc regulam pati exceptionem, vt non satis sit possessionem, quæ non animo & corpore acquisita fuit hic solo animo amissam esse, nisi etiã amissa sit corpore, & in eo interdicto esse vniuersale vt nulla possessio amissa censeatur, nisi vtrumque in contrarium actum sit. Ideoque Paulũ pro ratione subiectæ materiæ, de qua agebat, vniuersaliter scripsisse, quod compilatores iuris non animaduertentes sub titulo de acquirẽda vel amittenda possessione legem posuerint, quæ rectius sub titulo de vi & vi armata poni potuisset. Vt autem ita sentiat, mouetur primum inscriptione *l. 8. de acquir. possess. & d. l. 153. de Reg. iuris.* quæ est libri 65. Pauli ad edictũ, quo in libro Paulus egit de vi & vi armata, vt apparet ex inscriptione *l. 2. & 9. ff. de vi & vi armata.* sicut in eodem egit de interdicto vti possidetis, vt apparet ex inscriptione *l. 2. ff. vti possid.* postea *lib. 66. de itinere actuq. priuato,* ceu docet *l. 2. & 6. ff. de itinere actuque priuato.* Secundo mouetur hac ratione quod mirum non sit solo animo possessionem amitti, nempe si animus *sponte* ad deferendam possessionem afferatur adeo, vt licet corpore suo quis in possessione sit, simul atq; tamen constituerit non possidere, possessionem protenus amittat: At si quis cogatur possessione cedere, animo quidem amittat possessionem, quia coacta voluntas etiam voluntas est *l. 21. §. vlt. ff. quod met. caus.* sed non amittat omnimodo, nisi etiam corpore amiserit: Quandiu enim corpore retinuerit, nondum amisisse intelligatur possessionem ad eum effectum vt interdicto vnde vi experiri possit.

Finis Disputationis Vigesimæ primæ.

VOLV-



VOLVMINIS POSTERIORIS DISPVTATIONIS VIGESIMÆ SECVNDÆ.

De

Vſucapionibus & præſcriptionibus.

QVAESTIO I.

I. *An vſucapio rectè definiatur à Modeſtino* in L.3.ff.de vſucap.?
II. *Ad vſucapionem quænam & qualis poſſeſſio requiratur?*
III. *Quænam olim fuerint differentia inter vſucapionem & præſcriptionem?*
IV. *An adhuc hodie vſucapio differat à præſcriptione?*
V *Anne vſucapio & præſcriptio hodie etiam ſubiecto differant?*
VI. *Anne vſucapio per litis conteſtationem interrumpatur?*
VII. *An furioſus quod ante furorem poſſidere cœpit durante furore vſucapiat?*
VIII. *An nomina longiſſimo tempore præſcribantur?*
IX. *An præſcriptione liberato debitore etiam fideiuſſores eius liberentur?*
X. *An partus ancillæ furtiuæ apud bonæ fidei poſſeſſorem conceptus & natus poßit vſucapi?*
XI. *An partus ancillæ furtiuæ, quam ſeruus domino pro libertate dedit, poßit ab eo vſucapi?*
XII. *An fœtus pecudum furtiuarum poßint vſucapi à bonæ fidei poſſeſſore?*
XIII. *An res pupilli poßint vſucapi?*
XIV. *An res puberum poßint vſucapi?*
XV. *An res meræ facultatis poßint præſcribi?*
XVI. *Verum annui reditus poßint præſcribi?*
XVII. *An ex cauſa ignorantiæ aliquis poßit in integrum reſtitui contra præſcriptionem?*
XVIII. *An tempus vſucapionis computetur ciuiliter de die in diem, ita vt cœptus dies poſtremus pro completo habeatur?*
XIX. *An actio iniuriæ realis ex L. Cornelia deſcendens ſit temporalis?*
XX. *Annus, quo prætoria iniuriarum actio præſcribitur, vnde computari debeat?*
XXI. *Anne criminales actiones & ipſa crimina præſcribantur 20. annis?*
XXII. *Anne Eccleſia contra Eccleſiam præſcribat 30. annis?*
XXIII. *An priuilegium quadragenalis præſcriptionis ad pias cauſas ſpectet?*
XXIV. *An Eccleſia Romana gaudeat adhuc hodie centenalis præſcriptionis priuilegio?*
XXV. *An beneficium centenalis præſcriptionis Imperatori competat?*
XXVI. *Quanto temporis ſpatio reſcindatis præſcribantur?*

KKK XXVII. An

XXVII. An L. final. Cod. de SS. Eccles. sit emendata per Authent. quas actiones. eod. tit?

XXVIII. Quanto temporis spacio immunitas vectigaliũ & collectarũ praescribatur?

XXIX. Iure Saxonico quo tempore contra Ecclesiam & pias causas currat praescriptio?

XXX. Quo tempore currat contra ciuitates de iure Saxonico?

XXXI. Bona vacantia quanto tempore contra fiscum praescribantur?

XXXII. Quo tempore de iure Saxonico praescribatur iniuriarum?

XXXIII. An bona fides antecessoris prosit successori singulari, si is nolit illius accessione vti?

XXXIV. An per pignerationem de iure Saxonico vsucapio interrumpatur?

XXXV. An ex putatiuo & erroneo titulo possidens vsucapiat?

XXXVI. An suus heres ex titulo possidens pro herede possit vsucapere?

XXXVII. An & quomodo decimae praescribantur?

XXXVIII. An praediales & reales decimae possint praescribi?

XXXIX. Quonam tempore Ecclesia contra Ecclesiam praescribat ius decimarum?

XL. An ea, quae sunt de reseruatis principis, praescribantur?

XLI. An superueniens mala fides interrumpat mobilium vsucapionem?

XLII. An completa vsucapione si mala fides superueniat res vsucapta in foro conscientiae restitui debeat?

XLIII. An dubitans sit bonae fidei possessor?

XLIV. An dubitans possit vsucapere?

XLV. An mala fides praesumatur?

XLVI. An extraiudicialis denunciatio malam fidem inducat?

XLVII. Ex quibusnam causis mala fides praesumatur?

XLVIII. An vsucapio omni Iuri & aequitati sit consentanea?

XLIX. An iudex ex officio etiamsi pars non petat super praescriptione possit cognoscere?

L. An per vsucapionem plenum & absolutum acquiratur dominium?

LI. An dominium vsucapione quaesitum possit à principe auferri?

VOLV-



VOLVMINIS POSTERIORIS DISPVTATIONIS VIGESIMÆ SECVNDÆ.

De Vſucapionibus & præſcriptionibus.

Reſolutio.

THESIS I.

Lit. A.



Sucapionem à capiendo & vſu dictum eſſe, dubitandum nullo modo videtur: Et ſic A. Gellius *lib.7. N. Att. Attic. cap.10.* hac de re ſcribit: Sicut pignoris capio dicitur à capiendo & à pignore, ita dicitur vſucapio quia res capitur vſu: Ab effectu ſc. eius hæc deducitur deriuatio, quoniam vſucapione res capitur vſu, id eſt, poſſeſſione vt hoc ex ſequentibus dilucidius pateſcet Franciſ. Hotom. *ad pr. l. de vſucap. enum.2.* Franc. Duaren. *de vſucap. c.1.* Alciat. *ad l.115. ff. de verb. ſignificat.*

Lit. B.

Quæ. 1. *An vſucapio recte definiatur à Modeſtino* in l.3. ff. de vſucap. ?

Definitur porro vſucapio *Adiectio vel adquiſitio dominii per continuationem poſſeſſionis, temporis definiti.* Ita quippe Modeſtinus eam definit *in l.3. ff. de vſurpat. & vſucap.* Verum in multas difficultates atque Interpretum reprehenſiones hæc definitio incidit.

1. Nam primo male videtur vſucapio definiri per adiectionem vel acquiſitionem dominii propterea, quod adiectio vel acquiſitio dominii ſit effectus vſucapionis: Nihil autem recte per ſuum effectum definiatur, cum cauſatum à cauſa differat, nec ſit pars quædam ſubſtantialis cauſæ: Et quia effectus rem ipſam ſiue cauſam minime demonſtrat reali quadam demonſtratione, quæ omnino neceſſaria eſt ad congruam & perfectam definitionem, idcirco dicendum eſt omnem definitionem quæ fit per effectum, vitioſam eſſe. Hinc & Bartolus definitionem appellationis à nonnullis traditam, *quod ſit prioris ſententiæ reſciſſio*, eodem ex fundamento improbat & reiicit quod reſciſſio effectus ſit appellationis.

2. Obſtare deinceps & illud vſucapionis definitioni videtur quod *adeptio* potius eſt & *acquiſitio dominii*, quam *adiectio*. Vnde & Vlpianus *in fragm. tit. 19.* vſucapionem non per *adiectionem*, ſed per *adeptionem* definiuit; Et vulgati Codices omnes habent *acquiſitio*.

3. Opponitur præterea definitioni Modeſtini & illud quod etſi iure veteri recte dicta fuerit vſucapio *adiectio* pro-

pterea quod dominio iurisgentium, quod olim solum per traditionem acquirebatur, adiecerit dominium iuris ciuilis & Quiritium: Hodie tamen & iure nouo amplius adiectio appellitari nequeat, quia per traditionem non solum naturale sed etiam ciuile & Quiritium dominium acquiritur *§. per traditionem I. de Rer. diuis. l. vnic. C. de nud. iure Quirit. tollend.*

4. Insuper quod vsucapio perperam *adiectio* dicatur hac ratione Accursius Glossator euincere conatur, quod dominium non acquiratur pluribus ex causis: At vsucapio pluribus ex causis contingat vt ostendunt tituli subiecti titulo *Digest. de vsurpat. & vsucap.*

5. Improbat insuper Paulus Castrensis definitionem Modestini exinde quod bonæ fidei & iusti tituli, quæ tamen duo ita necessaria sunt ad omnē vsucapionē, vt sine illis vsucapio nulla procedat *§. 1. I. de vsucap.* nulla penitus mentio fiat; adeoque imperfecta & manca sit definitio, vt quæ essentiam rei definitæ non perfecte, nec plene declaret.

5. Denique Nicolaus Cisnerus definitionem vsucapionis à Modestino traditam, ideo reprehendit, quoniam tempus certum quo vsucapio absoluatur, nominatim non exprimit, cum tamen verosimile sit tempus istud à lege definitum, nominatim & diserte à ICtis in definitione vsucapionis expressum fuisse.

Cæterum hæc & eius generis alia argumenta, quibus prædicta vsucapionis definitio impugnari solet non sunt tanti momenti vt illis expugnari etiam & euerti queat.

Quod enim ad primum argumentum attinet, respondet ad illud Didacus Couarruv. *in Relect. cap. possessor. de Reg. Iur. in sext.* Definitionem alicuius rei non recte per effectus concipi, quanto hi effectus remoti sunt à re ipsa, nec inseparabiliter ei adhærent, nec necessario ex illa sequuntur, quoniam tales effectus sunt accidentales solum, non vero essentiales qualitates ac proprietates rei: At recte rem definiri per effectus qui adhærent rei inseparabiliter, quoniam eiusmodi effectus sunt proprietates quædam essentiales, non accidentales, & ideo per hosce effectus congrue rem ipsam definiri text. *in l. bona autem. § bonor. igitur. ff. de bonor. possess.* acquisitionem vero dominii adeo propriam esse vsucapionis dicit, vt eius substantialis proprietas hæc sit, quoties dominium acquiritur per tempus à lege definitum, atque ita potius ad proprietatem, quam ad effectum pertineat.

Mihi dicendum videtur absurdum minime esse causam per effectum definiri: Sic enim tutela definitur per effectum *in §. Tutela. I. de tutel.* & per effectum definitur Iustitia *in pr. I. de Iustit. & Iure.*

Insuper falsum est quod acquisitio dominii sit effectus vsucapionis: Dominium acquisitum effectus eius est: At non dominii acquisitio, hæc quippe reuera nihil aliud est quam modus acquirendi dominii *pr. I. de donat. in verb. Est & aliud genus acquisitionis donatio.* vbi genus acquisitionis indubitate ponitur pro modo acquirendi dominium. Adquisitio igitur dominii non est vsucapionis effectus sed genus ipsius. Sic & traditionis genus est adquisitio, effectus dominium acquisitum & translatum: Et vt modo dicebatur, donationis genus est acquisitio *d pr.* effectus dominium translatum & acquisitum.

Ad secundum quoq; argumentū non est difficilis responsio: Nā vsucapio recte dicitur *adiectio*, recte etiam appellatur *adeptio*: Adiectio, quatenus possessioni ciuili quā vsucapiens habet, adiicit etiam dominium, adquisitio autem vel adeptio quate-

quatenus, mediante illa, vsucapiens dominium adipiscitur sibique acquirit. Æmyl. Ferret. *in rubrica.tit. Dig. de vsucap num.14. Duaren. de vsurp. & vsucap. c.1.* Donell. *5. com. 5.* Nec quicquam in contrarium mouet quod Vlpianus per adeptionem definire maluit vsucapionem; Nam vtrumque recte de vsucapione prædicari iam modo demonstratum est, vnde in libero eius arbitrio fui, anne per adeptionem, an vero adiectionem definire voluerit vsucapionem.

Ad Tertium quoque argumentum expedita est responsio: Nã falsum est, quod ceu confessum & certum præsupponitur, vsucapionẽ hoc sensu à veterib. ICtis appellatã fuisse *adiectionem* quod dominio iuris gentium, per traditionem acquisitum, adiecerit dominium ciuile, seu quiritarium; sed potius idcirco adiectio iam olim dicta fuit, quia possessioni ciuili adiecerit dominium, vel quod eodem redditu, dominium possidenti adiecerit: Quod cum vsucapio etiamnum hodie faciat merito dicetur *adiectio*.

Ad Quartum argumentum respondet Cuiacius vnam tantum esse causam proximam vsucapionis, nempe possessionem: Possessionis vero illius rursus varias & multiplices esse causas ac titulos: Ita vt possessionis quidem plures sint causæ, vsucapionis vero non nisi vna & dominii non nisi vnus titulus.

Ad Quintum argumentum respondet Æmylius Ferrettus, bonam fidem & titulum esse qualitates & accidentia quædam, sine quibus substantia rei intelligi ac percipi possit. Nec sane omnia requisita rei necessaria, nec omnes qualitates in definitione exprimi oportet, sed sufficit definitionem rei definitæ partibus essentialibus constare.

Ad Sextum argumentum respondetur illud in meris coniecturis consistere ac proinde qua facilitate adstruitur eadem rursus destruitur.

His proinde obstaculis remotis, relinquitur salua & integra Modest. definitio. Quæst. 2. *Ad vsucapionẽ quanam & qualis possessio requiratur?*

Cum supra in definitione Modestini mentio possessionis facta fuerit, nõ immerito, nec frustra quæritur quænam & qualis possessio ad vsucapionem sit necessaria, ciuilisne requiratur, an sufficiat naturalis.

Ciuilem desiderari his argumentis euincitur.

1. Is qui rem aliquam vsucapit, animum habere debet rem illam sibi iure dominii habendi, seu, quod idem est, debet possidere animo domini atq; existimare se esse dominum rei possessæ *pr. & §.1. I de vsucap.* At vero qui naturaliter tantum possidet non habet animum & affectionem domini, nec rem possidet, ita vt existimat se eius esse dominum; proinde qui duntaxat naturaliter possidet, non potest vsucapere.

2. Facit huc textus elegans & expressus *in §.4. I. per quas person. nob. acq.* vbi vsufructuarius negatur posse vsucapere, quia non possideat: quod de ciuili possessione proculdubio accipiendum est cum alias fructuarius naturaliter possideat *l.12. ff. de acquir. possess.*

Non repugnat huic sententiæ quod cum absens dominus, cuius res vsucapitur, non desinat possidere ciuiliter, sed animo domini eam retineat, etiamsi alius bona fide eiusdem rei possessionem sit ingressus *l.3. §. in amittenda. l. Clam. §. qui ad nundinas. ff. de acquir. poss.* non possit vsucapiens ciuiliter possidere, quia alias duo rem eandem ciuiliter in solidum possiderent, quod fieri posse negat ICtus *in l.3. § 5 ff de acquir. poss.*

Resp. Hoc, inquam, non obstat: Quandiu enim absens dominus rei suæ possessionem retinet, non potest alius eũ possidere ciuiliter, nec etiam vsucapere: Variis tamẽ modis accidit vt dominus, qui à re sua discessit etiam non animo dimittendæ possessionis, tamen possessione

quod vel maxime in contumacia procedat vt quæ dolo & malitia committatur. Ad secundam responsionem instat, etsi *d.versic. Licet Monachi.* verbis Pontificis seu decisioni expresse inclusus non sit; Attamen hoc ipso quod sequestrationem in subiecta decisione pontifex non improbat, sed potius per rationem subiectam confirmat, satis intelligi decisioni iuclusus esse: Quin etiam non semper necessarium esse omnia in facti specie præmissa ac proposita in decisione repetere, aut decisioni inserere, sed satis esse si ad propositam facti speciem generalis decisio, totam facti speciem concernens subiiciatur. Ad tertium obiectum respondet Cludius, iuris rationem dictitare decisionem ad totam facti speciem totumque casum referendam esse, inprimis vero quando ratio& decisio subiecta generalis est totamque ad facti speciem commode referri potest: Neque solum ad propositam facti speciem ibidem responderi, sed insuper etiam Canonicos, quorum bona sequestro sunt posita, in expensas condemnari, quod ipsum etiam innuat, in præsenti casu rite factam esse sequestrationem, neque improbandam.

Quod quarto & vltimo loco adducebatur exigui momenti esse videtur; Quod enim sequestratio rite ac iure sit facta & ratio Pontificis indicare ac iura testari videntur, satisque eo innuitur, quod Canonici, quorum bona sunt sequestrata in expensas condemnati fuerint. Deinceps priuato arbitrio sequestrationem in casu *d. cap. 2.* esse factam, dici non potest, cum à iudice sit facta, nimirum Abbate de Ramesia & Archidiacono Helionensi, pro quibus etiam, sicut quolibet alio iudice iuris præsumptio militat *c. sicut in fine. de re iudicat.* Denique nec illud asseri potest, religionis aut fauoris intuitu sequestrationem esse decretam & sic casum esse specialem & ad alios non extendendum.

Nam ob id, quod Monachis litigantibus sequestratio concessa fuit, multo magis dicendum est in aliis quoque casibus sequestrationem fieri posse. Cum Monachi, tanquam personæ miserabiles, magis censeantur priuilegiati, iisque pinguiori remedio decurrendum fuerit.

Ad tertium argumentum respondet Cludius, quando quis legitimæ citatus non comparet, sed contumax existit, adesse vtique consensum eius in sequestrum præsumptum, non minus atque in missionem in bonorum possessionem; cum sequestratio non tanti sit præiudicii, quanti est missio in bonorum possessionem.

Ad quartum respondetur, si reus legitime citatus non comparuerit, actorem in ipsius contumaciam procedere & iustitiæ administrationē petere debere quo facto in actoris esse arbitrio vel sequestrationē vel missionē in bonorū possessionem petere; q̃ si sequestrationem petere maluerit & iudex ad ipsius instantiam sequestrationē concesserit, actorem iure conqueri non posse quod contumax pœna digna non fuerit affectus vel quod delinquentis melior sit conditio quam innocentis. Atq; ita argumentis Gœddei, pro negatiua sententia adductis, ab Andrea Cludio satisfieri videtur.

Interim sententia affirmatiua nititur optimo fundamento *d.c. 2. extr. de dolo & contumac.* vti ex prædictis liquet.

Defenditur deinceps etiam ratione supra postremo loco adducta, quod nempe, cum iudex ex causa contumaciæ possit mittere in possessionem bonorum contumacis, multo magis possit eadem ex causa sequestrationem decernere.

Quanquam enim Gœddeus respondeat, argumentū à missione in bonorum possel-

possessionem ad sequestrationem non procedere: Tum quia sequestratio & immissio separata sint, ac missio in bonorum possessionem ordinarium sit remedium omnique iure permissum, sequestratio vero sit remedium extraordinarium & toto genere prohibitum.

Tum quia sequeretur quod vbicunque fieri deberet missio in bonorum possessionem admittenda potius esset sequestratio. Tum quia contumax potius beneficio, quam damno adficeretur. Tum quia per missionem in bonorum possessionem ex primo decreto missus consequitur ius pignoris praetorii *l.4.§.1.l.15. §.ex hoc edicto. ff.de damn. infect. cap. fin. extr. de eo qui mittitur in possessionem*, At per sequestrationem ius pignoris eiusmodi non constituitur *l.si fideiussor.§.fin.ff.qui satisd.cogunt.* Cui consequens foret, vt actor minus, quam oportuisset, imo nihil consequeretur iuris per sequestrationem: Nemini autem ius suum alterius facto quaesitum inuito detrahetur, ne quidem per Imperatorem. *l.Nec.auus C.de emancipat.*

Veruntamen haec argumenta adductam rationem non infringere nec enervare perspicue ostendit Cludius. Etenim argumentum quod à missione in bonorum possessionem ad sequestrationem ducitur, non est argumentum à separatis, sed à maiori ad minus & nititur vulgari ista regula iuris, cui licet quod plus est, ei non debet denegari quod minus est.

Nec verum est quod missio in bonorum possessionem sit remedium ordinarium, cum non minus extraordinarium sit atque sequestratio. Falsum praeterea est quod ex proposito argumento sequeretur, vbicunque fieri deberet missio in bonorum possessionem ibi potius admittendam esse sequestrationem, quia supra ostensum fuit quod in arbitrio sit actoris vtrum malit se in bona contumacis mitti, an vero bona litigiosa sequestrari. Sic etiā ad rem non facit, q̄ subsistente argumento nostro damno afficeretur actor, contumax vero beneficio. Si enim inquit Cludius, petita est sequestratio per actorem eaque decreta à iudice & ex eo beneficium quoddam reus contumax accepit, est quod actori reus contumax ob id gratias agat, qui mitius cum ipso egit ac sequestrationem petiit. Deinde magnum est damnum nec pro beneficio habendū quando alicui propter commissam contumaciam bona eripiuntur & sequestro ponuntur, ita vt eorum administrationem quis habere & fructus percipere amplius nequeat. Praeterea saepius contingere potest vt sequestratio petita & decreta grauius periculum & damnum pariat, quam missio in possessionem. Nam si actor in contumaciam rei citati seruato iuris ordine, vti supra monuimus, procedit & documentis est instructus ita vt iura sua deducere ac demonstrare absq; negotio possit, non tenetur lapsum anni expectare sicuti in missione in bonorum possessionem iuris est, sed potest deductis suis iuribus actor ad sententiam concludere eiusque publicationem petere atque ita sententiam definitiuam ante annū impetrare: Quo facto sequestratio petita maius gignit damnū, quam in possessionem missio; quia actor per sententiam rei litigiosae dominium consequitur & reus contumax amplius non auditur.

Quod attinet ad *L. Consentaneum. C. quomodo & quando iudex.* quae itidem pro affirmatiua opinione adduci solet. Verum est quod parum ad rem faciat. Nam perspicuum est illic verbum *transferre* non esse interpretandum de translatione quae fiat per sequestrationem, sed de ea quae fiat per missionem in possessionem bonorum.

Pari modo affirmatiuam sententiam

III non

non probat *l. Litibus C. de agricol. & censit.* Etsi enim de redituum sequestratione loquatur, obseruandum tamen est, illam sequestrationē redituum non fieri propter contumaciam sed cum aliter interim, dum lis terminatur custodiri non possent, optio datur colono vtrum satisdare, an reditus annuos inferre velit sequestrandos; atque ita species illic habetur sequestrationis voluntariæ, non vero necessariæ, de qua tamen sola hic nobis sermo est. Cæterum an sequestratio necessaria admittatur propter metum armorum, ob denegationem cautionis ob causam dilapidationis & incertitudinis status supra *volumin. prior. disput. 26. q. 16. & 19.* tractatum fuit.

Quæst. 41. *An sequestratio fiat ob periculum dilapidationis?*

Quæ. 42. *An ex causa denegatæ cautionis?*

Quæ. 43. *An ex causa incertitudinis status?*

Lit. F.

Habet præterea possessio sua remedia, quibus omnibus impedimentū aliquod ei struentibus occurri potest; de illis vero remediis *infr. disp. 25. de interd.* amplissimus erit dicendi locus.

Quæ. 44. *An quod in nostro ædificatur, propria authoritate possit destrui?*

Hic illud discutiendum venit, vtrumne id quod in nostro ædificatū est, destruere propria authoritate valeamus?

Videbatur hoc prima fronte negandum, quia supra ex *l. 13. ff. quod met. caus.* & aliis consimilibus textibus demonstratum est, neminem posse sibi ipsi ius dicere, nec quicquam priuata facere authoritate quod publicis actionibus expediri potest. *l. Non est singulis. ff. de Reg. Iur.*

2. Accedit deinceps rationi huic etiam textus *in l. ossa. ff. de religios. & sumpt. funer.* vbi ossa ab alio illata in sepulchrum meū non possum propria & priuata authoritate eruere, alioquin iniuriarum actione conuenior.

Verum contraria sententia citra omnem dubitationem est verissima & sequentibus fundamentis nititur.

1. In *l. 27. ff. de seruitutibus Vrban. prædior.* Pomponius ita scribit: *Sed si inter me & te communes sunt Titianæ ædes & ex his aliquid non iure in alias ædes meas proprias immissum sit, nempe mihi tecum agere licet vt perdere.* Ecce hic optio & electio datur domino prædii, in quod immissum quippiam aut ædificatum est vt, vel actione & iure cum ædificante experiatur, vel ædificium perdat.

2. In *l. 29. § 1. ff. ad L. Aquil.* Consimiliter proponitur dominum posse id, quod in prædio vel ædibus ipsius factum & ædificatum est intercidere vel destruere: Verba Vlpiani ICti hæc sunt: *Si protectum meum quod supra domum tuam nullo iure habebam, recidisses; posse me tecum damni iniuria agere, Proculus scribit: Debuisti enim mecum, ius mihi non esse protectum habere, agere, nec esse æquum damnum me pati, recisis à te meis tignis. Aliud est dicendum ex rescriptis Imperatoris Seueri, qui ei per cuius domum traiectus erat aquæductus citra seruitutem, rescripsit, iure suo posse eum intercidere, & merito, interest enim quod hic in suo protexit ille in alieno fecit.*

3. Assentitur his Venuleius ICtus *in l. 22. § 2. ff quod vi aut clam.* verba eius hæc sunt: *Si ad ianuam meam tabulas fixeris & ego eas, priusquam tibi denuntiarem, refixero: deinde inuicem interdicto quod vi aut clam egerimus, nisi remittas mihi vt absoluar, condemnandum te quasi rem non restituas quanti mea intersit, aut exceptionem mihi profuturam, si non vi, nec clam, nec precario feceris.*

4. Confirmat hanc sententiam manifesta etiam iuris ratio: Quod enim in solo meo ab alio ex aliena materia ædificatum est, solo cedit, & ita meum fit *l. Adeo §. ex diuerso. ff. de acquir. rer. domin. §. Ex diuerso. I. de Rer. diuis.*

Quocirca destruendo id, quod iure soli meum est, nemini iniuriam facio *l. si in area. ff. de condict. indeb.* Cum rebus meis vti vel etiam abuti mihi liceat. *l. sed etsi lege. § consuluit. ff. de petit heredit.*

Nec refragatur quod nemini possit sibi ipsi ius dicere: Hoc n. locū non habet quando quis de re propria sua disponendo nemini præiudicat nec cuiusquam

quam ius deterius reddit. Similiter non refragatur *d.l.ossa.de religios.& sumpt. fun.*

Nam respondetur singulari fauore religionis hoc esse receptum, vt quis ossa in meum sepulchrum illata eruere nequeat.

Verum hanc responsionem improbat Corasius ad *l.1.num. 64. Digest. de seruitut.* propterea quod religio solit fauorem aliquem sibi vindicare cum alterius iniuria. *argum, cap. quicunque caus. 17. quaest. 4.*

Et quia magis fauetur priuato prohibenti certantique de damno vitando, quam piae causae. Bart. *in l. 1.pr. ff. de oper. nou. nunt.*

Sed melius respondet Corasius obiectam *l. Ossa.* loqui de ossis illatis in sepulchrum, quae idcirco tollere non liceat quia non sunt domini sepulchri propria: Sepulchra quippe dicente Vlpiano *in l.1. ff.si seruit. vindic.* nostri dominii non sunt.

Equidem plerique iuris nostri Interpretes sic demum permittunt domino aedificatum in suo propria authoritate tollere, si etiam in possessione sit aedificii, Corasius *d. loco.* Vdalricus Zasius *in l.1.§.16 num.4 ff. de nou. oper. nunt.* secus si aedificans in possessione sit; Id quod & aequitatem rationemq; habet.

1. Quia nemo possessione etiam iniusta sine cognitione causae iudicisque auctoritate potest priuari, prout supra ostendi.

2. Quia res haec facile posset causari tumultum *l. Non est singulis. ff. de Reg. Iur.*

3. Quia ICtus *in l. actio. §. ex diuerso. Digest. de acquir. dom. & §. ex diuerso. l. de Rer. diuis.* perspicue ostendit ꝙ aedificatum in suo quis vindicare & actione petere debeat, dum exceptionis per quam sumptus seruari possint à possessore, mentionem facit.

RESOLVTIO THESIS
Sexta.

De probatione possessionis in hac thesi Treutlerus noster quaedam subiicit. Equidem possessio cum non solum in iure, sed etiam in facto consistat, non praesumitur, sed probari debet. Modi autem probandi possessionem seu animum potius possidendi ab Authore hoc loco summatim tres referuntur; Iuramentum; simplex assertio audientibus ac praesentibus aliis facta, & denique factum. Quae. 45. *Vnde & quomodo possessio animusque possidendi probetur?*

Et quidem animum possidendi probari iuramento, certum est: Quae enim in animo & conscientia alicuius consistunt iuramento probantur Hippolit. de Marsil. *in practic. crimin. in §. diligenter n. 109.* Borcholt. *de acquir. poss. c. 3. n. 15.* Si igitur fundum ingressus iureiurando asseruerit se ea mente & cogitatione ingressum esse fundum vt eum possideret, satis animum suum probasse dicetur.

Deinde si fundum ingrediens hominibus praesentibus & audientibus dixerit, se eo animo introire fundum qui vacuus est, vt possessionem eius acquireret, censetur animum possidendi probasse, testibus illis de hoc deponentibus; quandoquidem animus non praesumitur esse alienus à verbis. *Lit. B.* Quae. 46. *An probetur possessio ex cultura rei?*

Facto denique probatur possessio varie & primo cultura rei vt si fundum quis arando & seminando coluerit: Hic quippe cultura probata, censetur & animus possidendi esse probatus. Bald. *in l. 3. Cod. fin. reg. num. 4.* Borchold. *d. tr. de poss. c. 3. n. 15.*

Sic etiam ex fructuum perceptione probatur possessio & animus possidendi *l. 2. & ibi* Bartol. *Cod. de acquir. & retinend. poss.* Borcholt. *dict. c. 3. num. 16.* Quae. 47. *An probetur ex fructuum perceptione?*

Quod si igitur quis probauerit se fructus prædii collegisse ac percepisse simul etiam animũ possidendi probasse intelligitur. Mascard. *de probat. volum. 3. conclus. 1183.* & ita omnes statuere asserit Menoch. *de Retinend. poss. remed. 3. n. 564.*

Quod ita ampliat & extendit Menochius vt procedat etsi alius nostro nomine fructus perceperit, quoniam sufficiat quod nomine absentis fructus percipiantur. *cap. ad audientiam de præscriptione*: Quod tamen aliis displicet, nec mihi verum esse videtur quoniã animus possessoris non ex alieno, sed ex proprio duntaxat facto colligi potest: Nec enim sequitur alius meo nomine fructus ex fundo percepit: Ergo animũ possidendi habui. necessarium igitur est, vt ex perceptione fructuum possessio probetur, me ipsum fructus collegisse ac percepisse: proprium enim factum animi mei sententiam declarat, non alienum.

Quæ. 48. *An probetur ex perceptione pensionum?* Insuper ex perceptione pensionis possessio probatur, cum pensio sit loco & vice fructuum ac fructus ciuilis in iure dicatur: Vt igitur alia fructuum perceptio possessionem fundi arguit; ita etiam perceptio pensionis Paris. *lib. 1. Cons. 104. n. 88.* Iacob. Menoch. *d. remed. 3. n. 567*, Bartol. *in l. qui vniuersas. §. quod per colonum. ff. de acquir. poss.*

Quæ. 49. *An ex censuum & collectarum solutione?* Præterea probatur possessio & animus possiden li ex censuum & collectarum solutione, Menoch. *d. remed 3. n. 568.* Et ratio est quod eius sit collectas soluere & census qui rei possessionem obtinet: Nec verisimile est eum qui rem nõ vult possidere, oneri collectarum censuumque sese subiicere.

Quæ. 50. *An ex inuestitura?* Adhæc possessio probatur inuestitura Menoch. *d. remed. 3. n. 571.* Andr. Gail. *2. obseruat. 152. n. 14.* Quod tamen de vera inuestitura recte interpretatur Andreas Gailius, quia per eam solam possessio rei feudalis in vasallum transfertur. *c. 1. in pr. quid sit inuestit.* Abusiua autem inuestitura cum non transferat possessionem sed obligationẽ duntaxat pariat, quia inuestiens ad traditionẽ vacuæ possessionis rei, de qua inuestitura facta est, obligetur, ex ea idcirco possessio probari nequit. vide Vulteiũ *l. 1. de feud. c. 10. n. 10. & 11.*

Quæ. 51. *An ex clauium traditione?* Clauium præterea traditione transfertur possessio rerũ illarum quæ continentur eo, quod clauibus istis clauditur: Quod tamen ita verum est si claues in conspectu rei quæ clauibus clauditur traditæ fuerint. Sic enim in *l. clauibus 74. ff. de contrahend. empt.* Papinianus ICtus scribit: *Clauibus traditis ita mercium in horreis conditarum possessio tradita videtur, si claues apud horrea tradita sint, quo facto confestim emptor dominiũ & possessionẽ adipiscitur.*

2. Idem quoq; comprobat *l. 1. §. si iusserim. penult. ff. de acquir. poss.* vbi ita scribitur: *Si iusserim, venditorem procuratori rem tradere, cum ea in præsentia sit, videri mihi traditam Priscus ait. Idemq; esse si nummos debitorem iusserim alii dare. Non est enim corpore & actu necesse apprehendere possessionẽ; sed etiam oculis & affectu. Et argumento esse eas res quæ propter magnitudinem ponderis moueri non possunt; vt columnas: Nam pro traditis eas haberi, si in re præsenti consenserint & vina tradita videri cum claues cellæ vinariæ emptori traditæ fuerint.*

3. Et hæc sententia quod traditio clauium possessionem non transferat nisi in rei præsentia facta sit, communi Dd. calculo recepta est, & ita statuunt Panorm. *in c. 2. n. 10. de consuetud.* Bartol. *in l. 1. n. 18. ff. de acquir. poss.* Didac. Couarru. *lib. 3. variar. resolut. c. 16. n. 11.* Hubert. Giphanius & Francisc. Hotom. *ad §. Item si quis merces. 44. I. de Rer. diuis.* Iacob. Menoch. *Remed. 3. retinend. poss. n. 569.*

Nec huic sententiæ refragatur textus *in d. §. si quis merces. 44. I. de Rer. div.* vbi absolute & simpliciter dicitur, traditione clauium horrei, transferri merces in horreum repositas, nec amplius quippiam additur de traditione clauium

apud

apud horreum facienda; quod tamen, si ad possessionem transferendum necessarium esset, ab Imperatore proculdubio prætermissum non fuisset.

Hoc, inquam, non obstat: Nam hic textus ex *d.l. clauibus.* suppleri debet: ibi enim aperte scribitur; ita demum possessionem transferri si apud horreum claues sint traditæ; textus autem generaliter loquens restrictionem & explicationem recipit ex textu distinguente & specialiter loquente *argum. l. in toto iure. ff. de Reg. Iur. & l. Inciuile. ff. de legib.*

De instrumenti traditione vtrumne per eam possessio rei, de qua instrumentum erat confectum, transferatur itidem quæstio est?

Et pro affirmatiua sententia videtur expressus esse textus *in l. 1. C. de donat.* vbi Imperator Seuerus & Anton. Lucio in hæc verba rescribunt: *Emptionum mancipiorum instrumentis donatis & traditis & ipsorum mancipiorum donationem & traditionem factam intelligis, & ideo potest aduersus donatorem in rem actionem exercere.*

Cur autem tradito instrumento ipsa res tradita censeatur, ratio hæc est quod instrumenta æstimantur non tam ex literis, quam ex eo, quod in iis continetur, vt qui legat instrumentum, aut qui vendit, non tantum tabulas, sed etiam nomen & debitum ipsum legare aut vendere videatur. *L. 44. §. Eum qui ff. de legat. 1. l. 59. ff. de legat. 3.*

Cæterum de traditionis instrumenti effectu memini me supra sub disput. 1. huius volumin. posterioris prolixe disseruisse. Idcirco breuitatis causa me eo refero.

Quæst. 52. *An probetur fama?* Denique ad possessionem probandum sufficere semiplenam probationem, quæ scilicet fiat aut per vnicum testem aut per famā post Dec. Hormader. Curt. senior. Wesenbec. Gabrielium & quos præterea allegat Iacobus Menochius *de Retinend. possess. remed. vltim. n. 34.* statuit hoc loco noster Autor: At sine vlla euidenti ratione: Neque à supra allegatis vllum, vel minimum etiam, adducitur assertionis eius fundamentum. Et sane cum possessio plurimū secum ferat commodi *§. Retin. Inst. de interd.* multum etiam partis aduersæ contineat præiudicii *dict. §. Retinendæ. versic. commodum.* variosque in iure producat effectus, vt ex iis, quæ sub thesi 5. proposita fuerunt luculenter patescit. Idcirco nō minus plenam & perfectam desiderat probationem atque cætera, quæ in iure probanda veniunt.

Quæst. 53. *Quibus testibus probetur possessio?* Cumque regula sit nullam, nisi perfectam & plenam probationem, ad conuincendum aduersarium, admittendam esse *l. 9. §. 1. C. de testibus* ab hac autem regula nuspiam reperiatur excepta possessionis probatio, nec etiam vlla eiusmodi exceptionis iusta occurrat ratio, minime vulgaris iste error de imperfecta possessionis admittenda probatione, ferri vel in iudiciis recipi deberet. Cæterum de fama, quatenus vim probandi habeat, dictum est sub *disput. de probat. volum. h:: us poster.*

RESOLVTIO THESIS *Septima.*

HActenus de acquisitione retentione & probationis dictum & actum fuit, vnicum superest, vt nempe videamus quibus modis possessio legitime acquisita rursus amittatur. *Lit. A. & B.*

Et primo quidem amittitur possessio quando res possessa humanis vsibus est exempta & vel religiosa vel sacra, atque sic diuini iuris est effecta; de quo textus est *in l. 30. §. 1. Digest de acquir. vel amittend.* vbi sic Paulus scribit: *possessionem amittimus multis modis, veluti si mortuum in eum locum intulimus quem possidebamus: Namque locum religiosum aut sacrum non possumus possidere etsi contemnamus religionem & pro priuato eū teneamus.*

Ratio autem cur huiusmodi mutatione possessionem amittamus, non est obscura, sed euidens & cuiuis obuia. Hæc nempe, quam & Paulus indicat, quod res sacra & religiosa facta in eum sit deducta statum vt possideri nequeat hoc vero ideo quia possessio rei cuiusque est vel propter dominium, vel propter vsum rei: In re autem religiosa vel sacta nec vsum, nec dominium habemus. §. *Nullius.* & §. *Religiosum.* §. *sacra. I. de Rer. diuis.*

Secundo amittitur possessio cum res possessa in aliam mutatur speciem: Ita quippe hac de rescribit Paulus *in d. l. 30. §. 4.* item *quod mobile est multis modis desinimus possidere: si aut nolimus, aut seruum manumittamus. Item si quod possidebam in aliam speciem translatum est veluti vestimentum ex lana factum.*

Ratio huius est ista quod cum lana ad vestem redacta desinat esse lana, amplius à nobis possideri nequeat: Nam quod sublatum est & in rerum natura esse desiit possideri amplius nequit, cum non entis nullæ sint qualitates, nullæ considerationes. Veruntamen hoc de vera duntaxat speciei mutatione accipiendum, de ea vero, qua externa saltem rei forma & figura mutatur, resque ad priorem speciem facile reduci potest, nequaquam intelligendum erit: Huiusmodi enim mutatio, sicut dominium non tollit, ita nec possessionem priori possessori adimit. §. *Cum ex aliena. I. de Rer. diuis.*

Lit. C. Mutatione præterea personæ possessionis amittitur possessio. Quod fit quando possessor vel in alterius potestatem redigitur, vel in rebus humanis esse desinit. *l. 30. §. 3. Cod.* In alterius potestatem redigitur qui arrogatur, aut qui dominio alterius subiicitur. & ratio est quod qui ipse possidetur, aliquid possidere non potest *l. 23. §. vlt. l. 49. §. 1. Digest. de acquir. poss. ff.* Et cum dominium ex hac causa amittatur, *l. penult. §. 1. ff. de bonor. poss. sec. und. tabul.* possessio multo magis amittetur, vt quæ & alias facilius, quam dominium amittatur. *l. 17. §. 1. ff. d. tit.* Morte possessoris amitti possessionem certum est: cum enim animi sit & corporis *l. 3. §. 1. ff. de acquir. poss.* consequens est vt animo isto & corpore sublato possessio quoque tollatur: Nec eam in heredes, sicut dominium, continuari, sed ab illis de nouo acquirendam & apprehendam esse, clare dispositum est *in l. 23. ff. de acquir. poss.* vbi Iauolenus ait: *Cum heredes instituti sumus, adita hereditate, omnia quidem iura ad nos transeunt: possessio tamen nisi naturaliter comprehensa, ad nos non pertinet.* Quod tam in suo herede, quam extraneo locum obtinere supra ostensum est.

Ad hæc possessio amittitur cum res possessa à latronibus vel hostibus occupatur, per textum *in l. 3. § 8. ff. de acquir. poss.* vbi tamen sic demum per occupationem amitti possessionem ostenditur, si dominus præ terrore fundum siue prædium accedere non audet, quia nihil interest, an in fundo constitutus vi deiiciatur, an vero prohibeatur vel non ausit accedere. Sola igitur & nuda occupatio possessione dominum non priuat.

Amittitur porro possessio quando res possessa mari vel flumine occupatur: Ita enim Paulus *in l. 3. §. 17. ff. de acquir. poss. Labeo & Nerua filius responderunt desinere me possidere eum locum quem flumen aut mare occupauerit.*

Et ratio huius ista esse videtur quod innudatio facit vt res corporaliter à me, etsi velim, possideri non potest: Ad possessionem autem necessaria est saltem potestas naturalis comprehensionis *l. 3. §. Nerua & sequent. Digest. de acquir. poss.*

Sed huic expresse obloqui videtur

l. 30.

*l.30.§.3.ff.eod.tit.*dum Paulus ait: *Quod mari aut flumine occupatum sit, possidere non desinimus.*

Extant autem variæ harum legum conciliationes: Etenim Dionysius Gothofredus in not.ad *d.l.30.§.3.* distinguit, vtrum inundatio sit breuis & ad paucos dies, atque talis, quæ facile sit recessura, an vero inundatio duratura ad longum tempus, nec facile recessura speretur: Vt priori casu obtineat id, quod *d.l.30.§.3.* scribitur: posteriori vero casu locum habeat *d.l.3.§.17.*

Æmylius Ferrettus distinguit hoc modo, vt si inundatio sit talis, quæ mutet fundi vel agri speciem & formam, tunc non solum possessio, sed & dominium amittatur, & de hac inundatione vult intellectam *d.l.3.§.17.* Sin vero inundatio non mutet formam & speciem agri, possessio non amittatur. *d.l. 30.§.3.* Glossographi vulgo distinguūt hoc modo, vt si exigua sit inundatio ita vt terra adhuc videatur & ex parte etiam coli possit, possessio non amittatur: sin ita sit magna vt terram in totum tegat, vt nec videri nec coli possit, amittatur possessio.

Quæ. 54. *An corpore simul & animo possessio acquiratur?*

Denique possessionem amittimus animo & corpore: Ita Paulus *in l.8.ff.de acquir.poss.ff.* Quemadmodum, inquit, *nulla possessio acquiri nisi animo & corpore potest: ita nulla amittitur, nisi in qua vtrumque in contrarium actum est.*

2. Idem *in l. 6.ff.eod.tit.* haut obscure scribit Papinianus; *Quamuis* inquiens *saltus proposito possidendi fueris alius ingressus, tandiu priorem possidere dictum est, quandiu possessionem ab alio occupatam ignoraret: Vt enim eodem modo vinculum obligationum soluitur, quo quari adsolet, ita non debet ignoranti tolli possessio, quæ solo animo tenetur.*

3. In *l 153.de Reg.iur.* Paulus *Fere*, ait, *quibuscunque modis obligamur, iisdem in contrarium actis liberamur; Cum quibus modis acquirimus, iisdem modis in contrarium actis amittimus: Vt igitur nulla possessio nisi animo & corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in qua vtrumque in contrarium actum est.*

Sed huic sententiæ quod possessio animo & corpore amittatur, valde refragatur quod idem Paulus *in l.3 §. In amit tenda. ff. de acquir. vel amit. poss.ff.* vbi diserte scribit, solo animo possessionem amitti posse, quamuis acquiri non possit.

2. Refragatur eidem præterea *l. si quis 17.§.1.eod.tit.* vbi possessionem à dominio discernit, quod possessio recedat simul ac quis constituerit nolle se possidere: dominium vero non amittatur, etiamsi quis dominus esse nolit.

3. Et *in l.si me in vacuam.34. eod. tit.* idem Vlpianus ait, possessionem animo deponere ac mutare nos posse; idque Cellum ac Marcellum scribere.

4. His adstipulatur Papinianus *in l. 44. §.vltim. ff. de acquir. poss.* vbi similiter possessionem eius, quod corpore nostro tenemus, vel animo amitti refert.

Hæc apparens antinomia varie conciliatur à iuris nostri Interpretibus. Etenim Iacobus Cuiacius *in paratitl.C de acquir. & ret. poss. & in l.153. de R.I.* Ioh. Botcholt. *de acquir.poss.c.vlt.n.1.2.& 3.* Iulius Pacius *cent. 6. quæst. 96.* Philippus Matth. *ad d.l.153.de Reg. Iur.* ita adductas leges conciliare nituntur, vt regulariter quidem possessio corpore & animo amittatur; sed aliquando tamen solo etiam animo, vt si hybernos vel æstiuos saltus eo tempore quo corpore illos nō detinet, nolle se possidere constituat, solo animo possessionem amittet, quoniam & possessionem illorum solo animo retinet eo tempore, quo saltibus iis corpore non incumbit. *arg.l. 3.§. salt us. ff. de acquir. poss.* Hinc particulam *fere* in initio *d.l.153.* positam in *versic.* sequenti.

quenti repeti volunt, quasi ICtus Paulus scripsisset *fere animo & corpore possessionem amitti*; atque exinde cæteros textus generaliter loquentes restringendos & interpretandos esse.

Fransc. Connan. *lib. 3. cap. 9. n. 4.* & Ludouicus Charundas *lib. 2. cap. 5.* hoc modo præfatam antinomiam conciliat, vt leges, quæ dicunt solo animo possessionem amitti, de ea possessione loquantur quam quis volens amittit: Cæteræ vero leges de ea possessione quam quis inuitus amittit, quamque animo & corpore habemus. Sed huic diserte contrariatur *l. 8. ff. de acquir. possess.* in verb. *Nulla possessio*.

Gilbertus Regius *lib. 2. Antin. c. 19.* ait leges quæ solo animo possessionem amitti volunt de vsucapione loqui, in qua præcipue ratio habeatur affectionis & animi.

Matth. Wes. *in paratitl. ff. de acquir. & retinend poss.* Fr. Duar. *in l. 3. §. in amittenda. ff. de acq. poss.* distinguunt vt possessio, quatenus iuris est & in animo consistit, solo animo amittatur, quatenus autem in facto & detentatione simul consistit corpore & animo amittatur. Æmyl. Ferret. *in d. §. in amittenda*, ait in acquirenda possessione præcedere corpus, sequi animum. Sed in amittenda contrarium esse ordinem vt prior sit animus eumq; sequatur corpus.

Hub. Giph. *in d. §. In amittend.* Ita circa hanc antinomiam statuendū putat: possessionem tunc demum animo simul & corpore amitti quādo corpore primum amittitur, tunc enim animus simul requiritur; vt scilicet quemadmodum non acquiritur nisi corpore & animo, ita quoque nō amittatur solo corpore, sed etiam animo. Non esse a. necesse ait vt hæc cōparatio per omnia valeat, sed satis esse si in vno: Nēpe vt possessio nō solo corpore, sed etiā animo acquiritur: Ita nō amittatur solo corpore sed etiam animo.

Hermannus Vulteius *in pr. l. de Interdict.* sic statuendum existimat: Regulariter possessionē sola animi destinatione, vt quisque cōstituit nolle possidere, protenus amitti: Verum in interdicto de vi & vi armata hanc regulam pati exceptionem, vt non satis sit possessionem, quæ non animo & corpore acquisita fuit hic solo animo amissam esse, nisi etiā amissa sit corpore, & in eo interdicto esse vniuersale vt nulla possessio amissa censeatur, nisi vtrumque in contrarium actum sit. Ideoque Paulū pro ratione subiectæ materiæ, de qua agebat, vniuersaliter scripsisse, quod compilatores iuris non animaduertentes sub titulo de acquirēda vel amittenda possessione legem posuerint, quæ rectius sub titulo de vi & vi armata poni potuisset. Vt autem ita sentiat, mouetur primum inscriptione *l. 8. de acquir. poss. ff. & d. l. 153. de Reg. iuris.* quæ est libri 65. Pauli ad edictū, quo in libro Paulus egit de vi & vi armata, vt apparet ex inscriptione *l. 2. & 9. ff. de vi & vi armata.* sicut in eodem egit de interdicto vti possidetis, vt apparet ex inscriptione *l. 2. ff. vti possid. postea lib. 66. de itinere actuq. priuato*, ceu docet *l. 2. & 6. ff. de itinere actuque priuato.* Secundo mouetur hac ratione quod mirum non sit solo animo possessionem amitti, nempe si animus *sponte* ad deferendam possessionem afferatur adeo, vt licet corpore suo quis in possessione sit, simul atq; tamen constituerit non possidere, possessionem protenus amittat: At si quis cogatur possessione cedere, animo quidem amittat possessionem, quia coacta voluntas etiam voluntas est *l. 21. §. vlt. ff. quod met. caus.* sed non amittat omnimodo, nisi etiam corpore amiserit: Quandiu enim corpore retinuerit, nondum amisisse intelligatur possessionem ad eum effectum vt interdicto vnde vi experiri possit.

Finis Disputationis Vigesima prima.

VOLV-



VOLVMINIS POSTERIORIS DISPVTATIONIS VIGESIMÆ SECVNDÆ.

De

Vſucapionibus & præſcriptionibus.

QVAESTIO I.

I. *An vſucapio rectè definiatur à Modeſtino* in l.3.ff.de vſucap.?
II. *Ad vſucapionem quanam & qualis poſſeſſio requiratur?*
III. *Quanam olim fuerint differentia inter vſucapionem & præſcriptionem?*
IV. *An adhuc hodie vſucapio differat à præſcriptione?*
V *Anne vſucapio & præſcriptio hodie etiam ſubiecto differant?*
VI. *Anne vſucapio per litis conteſtationem interrumpatur?*
VII. *An furioſus quod ante furorem poſſidere cœpit durante furore vſucapiat?*
VIII. *An nomina longiſſimo tempore præſcribantur?*
IX. *An præſcriptione liberato debitore etiam fideiuſſores eius liberentur?*
X. *An partus ancillæ furtiuæ apud bonæ fidei poſſeſſorem conceptus & natus poſſit vſucapi?*
XI. *An partus ancillæ furtiuæ, quam ſeruus domino pro libertate dedit, poßit ab eo vſucapi?*
XII. *An fœtus pecudum furtiuarum poßint vſucapi à bonæ fidei poſſeſſore?*
XIII. *An res pupilli poßint vſucapi?*
XIV. *An res puberum poßint vſucapi?*
XV. *An res meræ facultatis poßint præſcribi?*
XVI. *Vtrum annui reditus poßint præſcribi?*
XVII. *An ex cauſa ignorantiæ aliquis poßit in integrum reſtitui contra præſcriptionem?*
XVIII. *An tempus vſucapionis computetur ciuiliter de die in diem, ita vt cœptus dies poſtremus pro completo habeatur?*
XIX. *An actio iniuriæ realis ex L. Cornelia deſcendens ſit temporalis?*
XX. *Annus, quo prætoria in[illegible] actio præſcribitur, vnde computari de[illegible]?*
XXI. *Anne criminales actiones & ipſa crimina præſcribantur 20. annis?*
XXII. *Anne Eccleſia contra Eccleſiam præſcribat 30. annis?*
XXIII. *An priuilegium quadragenalis præſcriptionis ad pias cauſas [illegible]?*
XXIV. *An Eccleſia Romana gaudeat adhuc hodie centenalis præſcriptionis priuilegio?*
XXV. *An beneficium centenalis præſcriptionis Imperatori competat?*
XXVI. *Quanto temporis ſpatio reſcinſſatis præſcribantur?*

XXVII. An L. final. Cod. de SS. Eccles. sit emendata per Authent. quas actiones. eod. tit?

XXVIII. Quanto temporis spacio immunitas vectigaliũ & collectarũ præscribatur?

XXIX. Iure Saxonico quo tempore contra Ecclesiam & pias causas currat præscriptio?

XXX. Quo tempore currat contra ciuitates de iure Saxonico?

XXXI. Bona vacantia quanto tempore contra fiscum præscribantur?

XXXII. Quo tempore de iure Saxonico præscribatur iniuriarum?

XXXIII. An bona fides antecessoris prosit successori singulari, si is nolit illius accessione vti?

XXXIV. An per pignerationem de iure Saxonico vsucapio interrumpatur?

XXXV. An ex putatiuo & erroneo titulo possidens vsucapiat?

XXXVI. An suus heres ex titulo possidens pro herede possit vsucapere?

XXXVII. An & quomodo decimæ præscribantur?

XXXVIII. An prædiales & reales decimæ possint præscribi?

XXXIX. Quonam tempore Ecclesia contra Ecclesiam præscribat ius decimarum?

XL. An ea, quæ sunt de reseruatis principis, præscribantur?

XLI. An superueniens mala fides interrumpat mobilium vsucapionem?

XLII. An completa vsucapione si mala fides superueniat res vsucapta in foro conscientiæ restitui debeat?

XLIII. An dubitans sit bonæ fidei possessor?

XLIV. An dubitans possit vsucapere?

XLV. An mala fides præsumatur?

XLVI. An extraiudicialis denunciatio malam fidem inducat?

XLVII. Ex quibusnam causis mala fides præsumatur?

XLVIII. An vsucapio omni Iuri & æquitati sit consentanea?

XLIX. An iudex ex officio etiamsi pars non petat super præscriptione possit cognoscere?

L. An per vsucapionem plenum & absolutum acquiratur dominium?

LI. An dominium vsucapione quæsitum possit à principe auferri?

VOLV-



VOLVMINIS POSTERIORIS DISPVTATIONIS VIGESIMÆ SECVNDÆ.

De Vſucapionibus & præſcriptionibus.

Reſolutio.

THESIS I.

Lit. A.



Sucapionem à capiendo & vſu dictum eſſe, dubitandum nullo modo videtur: Et ſic A. Gellius *lib.*7. *N. A. Attic. cap.*10. hac de re ſcribit: Sicut pignoris capio dicitur à capiendo & à pignore, ita dicitur vſucapio quia res capitur vſu: Ab effectu ſc. eius hæc deducitur deriuatio, quoniam vſucapione res capitur vſu, id eſt, poſſeſſione vt hoc ex ſequentibus dilucidius pateſcet Franciſ. Hotom. *ad pr. l. de vſucap. enunc.*2. Franc. Duaren. *de vſucap. c.*1. Alciat. *ad l.*115. *ff. de verb. ſignificat.*

Lit. B. Quæ. 1. *An vſucapio rectè definiatur à Modeſtino in l.*3. *ff. de vſucap.?*

Definitur porro vſucapio *Adiectio vel adquiſitio dominii per continuationem poſſeſſionis, temporis definiti.* Ita quippe Modeſtinus eam definit *in l.*3. *ff. de vſurpat. & vſucap.* Verum in multas difficultates atque Interpretum reprehenſiones hæc definitio incidit.

1. Nam primo male videtur vſucapio definiri per adiectionem vel acquiſitionem dominii propterea, quod adiectio vel acquiſitio dominii ſit effectus vſucapionis: Nihil autem recte per ſuum effectum definiatur, cum cauſatum à cauſa differat, nec ſit pars quædam ſubſtantialis cauſæ: Et quia effectus rem ipſam ſiue cauſam minime demonſtrat reali quadam demonſtratione, quæ omnino neceſſaria eſt ad congruam & perfectam definitionem, idcirco dicendum eſt omnem definitionem quæ fit per effectum, vitioſam eſſe. Hinc & Bartolus definitionem appellationis à nonnullis traditam, *quod ſit prioris ſententia reſcißio*, eodem ex fundamento improbat & reiicit quod reſciſſio effectus ſit appellationis.

2. Obſtare deinceps & illud vſucapionis definitioni videtur quod *adeptio* potius eſt & *acquiſitio dominii*, quam *adiectio*: Vnde & Vlpianus *in fragm. tit.*19. vſucapionem non per *adiectionem*, ſed per *adeptionem* definiuit; Et vulgati Codices omnes habent *acquiſitio.*

3. Opponitur præterea definitioni Modeſtini & illud quod etſi iure veteri recte dicta fuerit vſucapio *adiectio* pro-

KKK 2 pterea

quatenus, mediante illa, vsucapiens dominium adipiscitur sibique acquirit. Æmyl.Ferret.*in rubrica.tit. Dig. de vsucap num.14.Duaren.de vsurp.& vsucap.c.1.* Donell.*5.com.5.* Nec quicquam in contrarium mouet quod Vlpianus per adeptionem definire maluit vsucapionem; Nam vtrumque recte de vsucapione prædicari iam modo demonstratum est, vnde in libero eius arbitrio fui, anne per adeptionem, an vero adiectionem definire voluerit vsucapionem.

Ad Tertium quoque argumentum expedita est responsio: Nã falsum est, quod ceu confessum & certum præsupponitur, vsucapionẽ hoc sensu à veterib. ICtis appellatã fuisse *adiectionem* quod dominio iuris gentium, per traditionem acquisitum, adiecerit dominium ciuile, seu quiritarium; sed potius idcirco adiectio iam olim dicta fuit, quia possessioni ciuili adiecerit dominium, vel quod eodem recidit, dominium possidenti adiecerit: Quod cum vsucapio etiamnum hodie faciat merito dicetur *adiectio*.

Ad Quartum argumentum respondet Cuiacius vnam tantum esse causam proximam vsucapionis, nempe possessionem: Possessionis vero illius rursus varias & multiplices esse causas ac titulos: Ita vt possessionis quidem plures sint causæ, vsucapionis vero non nisi vna & dominii non nisi vnus titulus.

Ad Quintum argumentum respondet Æmylius Ferrettus, bonam fidem & titulum esse qualitates & accidét a quædam, fine quibus substantia rei intelligi ac percipi possit. Nec sane omnia requisita rei necessaria, nec omnes qualitates in definitione exprimi oportet, sed sufficit definitionem rei definitæ partibus essentialibus constare.

Ad Sextum argumentum respondetur illud in meris coniecturis consistere ac proinde qua facilitate adstruitur eadem rursus destruitur.

His proinde obstaculis remotis, relinquitur salua & integra Modest. definitio. Quæst.2. *Ad vsucapionẽ quænam & qualis possessio requiratur?*

Cum supra in definitione Modestini mentio possessionis facta fuerit, nõ immerito, nec frustra quæritur quænam & qualis possessio ad vsucapionem sit necessaria, ciuilisne requiratur, an sufficiat naturalis.

Ciuilem desiderari his argumentis euincitur.

1\. Is qui rem aliquam vsucapit, animum habere debet rem illam sibi iure dominii habendi, seu, quod idem est, debet possidere animo domini atq; existimare se esse dominum rei possessæ *pr. & §.1.I.de vsucap.* At vero qui naturaliter tantum possidet non habet animum & affectionem domini, nec rem possidet, ita vt existimat se eius esse dominum; proinde qui duntaxat naturaliter possidet, non potest vsucapere.

2\. Facit huc textus elegans & expressus *in §.4.I.per quas person nob.acq.* vbi vsufructuarius negatur posse vsucapere, quia non possideat: quod de ciuili possessione procul dubio accipiendum est cum alias fructuarius naturaliter possideat *l.12.ff.de acquir.possess.*

Non repugnat huic sententiæ quod cum absens dominus, cuius res vsucapitur, non desinat possidere ciuiliter, sed animo domini eam retineat, etiamsi alius bona fide eiusdem rei possessionem sit ingressus *l.3.§.in amittenda.l. Clam.§. qui ad nundinas.ff.de acquir.poss.* non possit vsucapiens ciuiliter possidere, quia alias duo rem eandem ciuiliter in solidum possiderent, quod fieri posse negat ICtus *in l.3.§ 5 ff de acquir.poss.*

Resp. Hoc, inquam, non obstat: Quandiu enim absens dominus rei suæ possessionem retinet, non potest alius eũ possidere ciuiliter, nec etiam vsucapere: Variis tamẽ modis accidit vt dominus, qui à re sua discessit etiam non animo dimittendæ possessionis, tamen possessione

sua cadat eaq; alteri acquiratur *l.37.§.1.ff. de vsurpat. & vsucap.* Quo facto, qui tunc nactus est ciuilem possessionem vsucapere non potest.

Similiter non obstat q penes vxorem & virum ex re constante matrimonio, donata naturalis tantum possessio fit, *l.1.§. deiicitur. ff. de vi & vi armata.* talis autem possessio ad vsucapionē sufficiat *l. sed etiā si constante.25.ff. de donat. inter vir. & vxor.*

Ad hoc siquidem argumentum bene respondet Gilckenius, maritum & vxorem, quo casu res donatas vsucapiunt, non tantum naturaliter possidere, sed etiam ciuiliter: Siquidem non omnis donatio inter virum & vxorem prohibita est *l.5.§. si concessa. & §. proinde. §. Maritus. l.7.§. si vir & vxor. l.13. l.15. l.17. ff. de donat. inter vir. & vxor.* Proinde si tali casu, quo donatio permissa est res aliena donatur à marito possideri eam ciuiliter & vsucapi posse. Ad *d. l.1 §. deiicitur.* respondetur eā de eo casu exaudiendam, quo donatio inter virum & vxorem fieri non potuit: Ea siquidem res naturaliter possidetur & non ciuiliter.

Ad hæc non obstat quod vsufructuarius potest vsucapere *l. fin. C. de præscript. longi tempor.* Vsusfructuarius autem possideat tantum naturaliter *l.12. ff. de acquir. poss.* Nam vsufructuarius non dicitur *in d. l. final.* rem ipsam fructuariam, seu proprietatem vsucapere, quam à Iustiniano Imperatore negetur diserte vsucapere posse, sed ius saltem vsusfructus dicitur vsucapere, quoniam ius istud non saltem naturaliter, sed etiam ciuiliter possidet. At *in d. l.13.* negatur vsufructuari us possidere, scilicet rem ipsam fructuariam & proprietatem. Insuper non aduersatur superiori sententiæ quod cum dominium rerum ex sola naturali possessione cœperit, idcirco hodie etiam ex eadem naturali possessione acquiratur.

Quod enim dominium dicitur ex naturali possessione cœpisse, d solum spectare ad illas res quæ antea nullius fuerunt, prout exemplis ibidem declarat ICtus & vberius explicat Donellus *4 comment.19.*

Postremo non impedit quod creditor, qui naturaliter possidet *l.13. de vsurp. & vsucap.* contra alium creditorem præscribat ius prælationis 30. annorum possessione *l. Cum notissimi. §. eodem iure. C. de præscript. 30. annor.*

Nam creditor possidet naturaliter non ius quod *in d. l. Notissimi.* præscribi dicitur, sed rem ipsam oppignoratam, de qua *d. l.13.* aperte est concepta.

Vsucapionem porro à præscriptione olim diuersissimam fuisse dubium penitus nullum est: Et quidem triplicem vtriusq; differentiā hoc loco notat Treutlerus noster. Prima quæ desumitur est ex rebus possessis: Vsucapio erat corporaliū duntaxat *l.25. ff. de vsurpat. & vsucap. l. 43. ff. de acq. rer. domin.* mobilium quidem omnium, immobilium vero non omniū, sed Italicarum tantum: Res enim prouinciales vsucapi non poterant *pr. I. de vsurpat. & vsuca.* Præscriptio autem erat rerum immobilium & quidem prouincialium duntaxat, h. e. earum quæ in prouinciis erant & prædia stipendiaria vel tributaria & res nec mancipi dicebātur, vt & rerum incorporalium. Cur autem res prouinciales immobiles vsucapi non potuerint, mobiles vero potuerint, ratio hæc est, quod rerum prouincialium immobilium dominium proprie erat Reipublicæ & prouincialibus tantum erat vsus earum ac fructus concessus: Res autem mobiles prouinciales in singulorum fuerint dominio. Hubert. Giphan. ad *l.1. C. de vsucap. transform.*

Quæst.5. *Quænam fuerint differentia inter vsucapionem & præscriptionem?*

Secunda differentia vsucapionis & præscriptionis fuit in tempore acquirendi: Mobilia enim, siue in Italia, siue in prouinciis vno anno continuo acquirebantur *pr. I. tit. de vsucap. l. 31. §. 1. Digest eod.* Immobilia vero Italica siue mancipi biennio

biennio vsucapiebantur *d.l. vnic. Cod. de vsucap. transform.* Vlpianus *tit. 19. in fragment.* Præscriptio autem longo tempore 10. vel 20. annis absoluebatur *l. 9. de præscript. long. temp. l. 10. ff. si seruit. vindic. l. 32. ff. de seruitut. vrban.*

Tertia differentia erat in effectu: Nam longi temporis præscriptione non acquirebatur dominium rei possessæ & præscriptæ, sed exceptio duntaxat qua quis rem possessam contra dominum defendebat; actio vero, qua rem à domino vel alio possessam vindicaret, ex possessione longi temporis non nascebatur. Ex vsucapione vero dominium acquirebatur *l 3 Digest. de vsurpat. & vsucap. l. 20. C. de pact.*

Quarta differentia hæc est quod vsucapio iure veteri interrumpitur litis côtestatione *l. 2. §. vlt. Digest. pro emptor. l. 18. Digest. de Rei vindicat. l. 9. §. 4. Digest. ad exhibend.* Præscriptio autem longi temporis non interrumpitur litis contestatione *l. Nec bona, 10. Cod. de long. tempor. præscript.*

Quæst. 4. *An adhuc hodie vsucapio differat à præscriptione?*

Hæ inquam olim erant differentiæ vsucapionis & longi temporis præscriptionis: Veruntamen anne hodie omnes hæ differentiæ ita sublatæ sint vt vsucapio sit longi temporis præscriptio & viceuersa longi temporis præscriptio sit vsucapio, quæritur? Negandum hoc prima fronte videbatur propterea quod in codice extant distincti tituli, vnus de vsucapione transformanda, alter de præscriptione longi temporis, qui haut obscure innuere videntur quod adhuc hodie vsucapio à longi temporis præscriptione sit diuersa.

2. Accedit huic quod *in tit. I. de vsucap* hæc eadem à se inuicem aperte distinguuntur, dum titulus iste ita inscribitur à Iustiniano: *De vsucapionibus & longi temporis præscriptionibus.*

Cæterum quod Iustinianus omnem, quæ olim inter [illegible] ptionem fuit, sustulerit differentiam, aperte ostendit constitutio eius, quæ extat *in l. vnic. Cod. de vsucapione transform.*

Nec in contrarium mouet quod primo dicebatur de vsucapione & longi temporis præscriptione diuersos in iure nostro titulos extare. Ad hoc enim respondit Donellus *5. commun. 4.* Hoc exinde fieri quia titulus ille de longi temporis præscriptione ante legem istam *vnic. Cod. de vsucap. transform.* Codici fuerit insertus, adeoque *d. l. vnica.* quia vna est ex quinquaginta decisionibus & constitutionibus nouis ad veteris iuris emendationem comparatis, titulus iste de longi temporis præscriptionibus sublatus & emendatus fuit. Cognitionem tamen illius Imperator etiam post istam reformationem *d. l. vnic.* extare voluit, quo sciretur quid noua sua constitutione emendarit, quidque noui constituerit.

Sic etiam alterum argumentum ex rubrica tituli *Institutionib. de vsucapionibus & longi temporis præscript.* desumptum non difficilis est solutionis: Particula enim *Et* idem illic significat quod *vel* quasi Iustinianus in ea rubrica scripsisset *de vsucapionibus seu longi temporis præscriptionibus.*

Hugo Donellus *d. cap. 4.* ideo inquit Iustinianus post nouam suam constitutionem *d. l. vnic.* istam retinuisse inscriptionem, quia Imperator sustulerit præscriptionem longi temporis, sed seruatam auxerit, addita præscriptioni vsucapione in prædiis prouincialibus. Deinde quia voluerit intelligi quid ipse in vsucapione innouasset, & quomodo vsucapionem transformasset, quandoquidem in institutionibus complexus est summam eius cõstitutionis, quæ *in d. l. vnic. extat.*

Quocirca constat Iustinianum Imperatorem differentias, quæ olim inter vsu-

vſucapionem & longi temporis poſſeſſionem fuit ſuſtuliſſe & vſucapioné trásformaſſe & innouaſſe: Ita autem innouauit vſucapionem vt ex duobus illis generibus; quæ prius erant vnum genus vſucapionis fecerit, atque ita vtrumque velut in vno permixtum retinuerit: & quod præſcriptioni longi temporis deerat, ſuppleuerit ex vſucapione dũ ad præſcriptionem vſucapionem adiecerit, & quod minus erat in tempore vſucapionis veteris, id innouarit & ſumptum ex longi temporis præſcriptione ad omnes res immobiles transtulerit; Hoc cum feciſſet Iuſtinianus ſua conſtitutione & id ius in inſtitutionibus ſuis extare voluiſſet, iſthac inſcriptione vſus eſt *de vſucapionibus & longi temporis præſcriptionibus.* Donell.*d.c.*4.

Quæſt. 5. *nne vſucapio & præſcriptio hodie etiam ſubiecto differant?*

Sed hic quæritur vtrumne præſcriptio & vſucapio hodie etiam rebus & ſubiecto diſcernantur, vt vſucapio ſit rerum mobilium: Longi autem temporis præſcriptio ſit rerum immobilium? Ita ſane hoc affirmant Accurſius itemque Azo in ſumma *Cod. de vſucap. transform. num.*7. Sneidewin. *in pr. Inſt. de vſucap. num.*9.

Cæterum hanc ſententiam eſſe veram perſpicue demonſtrant Duaren. *de vſucap. c.*1. *&* 5. Didac. Couarruuias *in c. poſſeſſor. de Reg. Iur. in ſext. part.*1. *§. vnic. n.*6. Hugo Donell. 5. *comm.*4. Iohann. Borcholt. *ad pr. I. de vſucap.* Iohannes Zanger *in tractat. de except. part.*3. *c.*8. *n.*3.

1. Primo enim falſum eſt vſucapionem duntaxat eſſe mobilium non etiam immobilium rerum; cum ſatis conſtet iam ab initio ſtatim prædia Italica biennio non minus atque res mobiles vſucapi potuiſſe *pr. I. de vſucap.* Deinde ſub *titul. Dig. de vſurpat. & vſucap.* exempla fere omnia de vſucapione ſunt aut in fundo, aut in ædibus, aut in prædiis. Deniq; *in d. tit. Inſt. de vſucap.* diſerte dicitur poſt nouam Iuſtiniani conſtitutionem vſucapionem eſſe omnium prædiorum, tam prouincialium, quam Italicorum.

2. Idcirco etiam iſta ſententia tolerari non poteſt quod ſtatuitur longi temporis præſcriptioné eſſe rerum immobilium: Nam ſi intelligũt ſolá præſcriptionem longi temporis eſſe rerum immobilium non etiam vſucapioné, id falſum eſſe iam demonſtratũ eſt. Quod ſi vero voluiſſent ita præſcriptioné eſſe rerũ immobilium vt tamen etiam vſucapio ſit immobilium rerum, verum quidem dicũt, ſed ſemetipſos refellunt. Donell. *d. c.*4.

3. Refellitur eadem opinio aperte per textum *in l. vnic. C. de vſucap. transformand.* vbi vſucapionem rerum quidem Italicarum immobilium transformandam eſſe cenſet Imperator in longi temporis decem vel viginti annorum vſucapionem. Nec ibi vſucapio immobilium transformatur in vſucapionem mobilium, ſed temporis anguſtiæ, quæ olim ſufficiebant ex lege duodecim tabularum, excluduntur longioraque ſpacia requiruntur ad acquirendas res temporis vſum & poſſeſſionem.

Neque quicquam ad rem faciat quod Panormitanus & Felinus *in rubric. de præſcriptionibus* tradunt, vſucapionem generice ſumptam etiam ad immobilia referri. Nam bene reſpondet Didac. Couatru. id verum eſſe in hunc modum vt vſucapio non tantum de mobilibus, ſed etiã de immobilibus prędicetur: Tametſi poſtea in vſucapionem immobilium & vſucapionem mobiliũ diſtinguatur, differunt enim hæ vſucapionis ſpecies vtpote ſub eodem genere contentæ. Id vero, quod illi præſupponunt, falſum eſt, quod nempe ſub vſucapione generice accepta, præſcriptio tanquam ſpecies ab vſucapione diuerſa contineatur: Hoc ſiquidem demonſtrare non poterunt.

4. Quin etiam quod præſcriptio longi temporis non duntaxat immobiliũ, ſed etiam mobiliũ rerum ſit probant diſerte

l. 3. *&*

l.3.& l.9.ff.de diuers.temp.præscript. Nam ibi ICtus ait rescriptis Imperatoris Antonini caueri vt præscriptioni longi temporis sit locus in rebus mobilibus. Et quanquam Iacobus Cuiacius *in paratitl. eod in quibus caus. cessat. in d.l.9.* pro verbo *mobilibus* legat *Soli* non tamen hæc emendatio recipienda est, quia non opus fuisset rescripto, cum propter res soli maxime sit inducta possessio, Hubert, Giphan. *ad l. vnic. Codic. de vsucap. transform.*

Nihil autem pro Azonis & Schnedewini sententia facit quod multis in locis legitur præscriptionem longi temporis nominari solum in rebus immobilibus, non solum *sub titulo Codic. de Præscript. long.temp.sed etiam in l.ei à quo ff.de vsurpat. & vsucap.l.qui alienam.pr.ff.de euict. & passim.* Verum siquidem est quod longi temporis præscriptio locum habuerit olim in rebus immobilibus, sed exinde non sequitur quod vsucapio rerum immobilium non sit, cum vnius inclusio non protenus sit alterius exclusio: Et insuper supra perspicue demonstratum fuit quod vsucapio & olim fuerit rerum immobilium, & hodie etiamnum in rebus immobilibus æque atque mobilibus esse possit.

Non etiam quicquam isti opinioni patrocinatur *l.2. Cod. in quibus caus. cessat long.tempor.præscr.* vbi traditur in rebus mobilibus vsucapionem locum habere ex quo concludunt in rebus duntaxat mobilibus consistere vsucapionem.

Sed male sic colligitur: Nam vsucapionem esse rerum mobilium, id quod ibi dicitur, verissimum est, nec quisquam est qui negare possit: sed exinde neutiquam sequitur vsucapionem duntaxat in rebus mobilibus locum habere, non etiam in rebus immobilibus.

Ex his proinde patet differentiam primam quæ olim inter præscriptionem & vsucapionem ratione subiecti constituebatur, penitus esse sublatam nec aliam de nouo inter eas constitutam fuisse.

Quod ad alteram differentiam attinet, quæ ex tempore desumebatur, itidem noua Iustiniani constitutione *in d.l. vnic.* sublata est, prout etiam aperte edocet Imperator *in pr. ff. de vsucap.* sicut enim longi temporis præscriptio erat annorum 10. & 20. Ita hodie vsucapio rerum immobilium est inter præsentes 10. inter absentes 20. annorum.

Tertia quoque differentia, ex effectu desumpta, hodie cessat cum plenum dominium & vsucapione & præscriptione acquiratur. Quod etsi in dubium à nonnullis reuocetur, verissimum tamen esse *infr. sub thes.7. lit.B.* ostendam.

Quarta differentia dubii nonnihil habere videtur: Nam non parum controuertitur de hoc vtrum litis contestatione vsucapio & præscriptio vere & efficaciter interrumpatur? Quæst. 6. *Anne vsucapio per litis contestationem interrumpatur?*

Et pro affirmatiua sententia, quod nempe vsucapio simul & præscriptio interrumpantur per litis contestationem facit primo *l.Nemo.C.de acquir.& retinen. poss.* vbi diserte scriptum est, interpellatione & controuersia progressa, non posse intelligi eum possessorem, qui litis contestatione cœperit superiure possessionis facillare.

2. Quo pertinet etiam *l.2. C. de annal. except.* vbi interrumpitur plenissime possessio sola libelli oblatione, & hoc quidem in omni præscriptione, siue biennii, siue longi temporis, siue triginta vel quadraginta annorum sit.

3. Denique aperti est iuris quod per ciuilem interpellationem vsucapio sine effectu constituatur, ita vt perinde habeatur ac si completa non fuisset.

4. In eandem sententiam est textus *in l.Mora 26.Digest. de Rei vindicat.* vbi ita Imperatores rescribunt: *Mora litis causa possessionis non instruunt ad iudicandam lon-*

ex possessionis praescriptionem quae post litem contestatam in praeteritum aestimatur.

Verum enim vero contraria opinio longe est verior, quod nempe per litis contestationem vsucapio non proprie interpellerur, & hisce rationibus confirmetur.

1. Opinionem hanc non obscure confirmare videtur quod ille cum quo lis est contestata rem adhuc detineat animo sibi habendi & retinendi iure dominii, ex quo satis liquet quod vsucapio nondum fuerit per litis contestationem interrupta: quia credit etiamnum se esse dominum eoque animo rem habet detinetque eandemque ob causam aduersario non cedit, sed iudicio cum eo experitur.

2. Accedit quod possessio etiam solo animo retineatur §. *possidere I. d. interdict.* is vero cum quo lis est contestata, vt dictum est, animum habet rem retinendi.

3. Idem etiam colligitur ex effectu veræ interruptionis, qui hic est vt is cui antea vsucapio currebat, ei desinat currere *l. 2. Digest. de vsucap.* Iam vero is, qui iudicialiter & interpellatus pergit nihilominus vsucapere & vsucapionem etiam absoluit exindeque dominium sibi acquirit, ista interpellatione plane non obstante *l. si post. ff. de Rei vindicat. l. 2. §. final. pro emptor. l. 10. ibi. longi temporis praescriptio post moram litis contestata completa proficit. C. de longi temp. praescript.*

4. Et hæc eadem sententia maxime confirmatur *l. 5. Digest. de vsurpat. & vsuc.* vbi quanam ratione vsurpatio fiat ostendit ICtus his verbis: Naturaliter (id est reuera & eo modo, quo natura postulat) interrumpitur possessio, cum quis de possessione vi deiicitur, vel alicui res eripitur. Quod si alius præterea esset modus ciuilis interrumpendi vsucapionem, sine dubio ICtus cum silentio non prætermisisset, cum *in d. l. 5. & tot. tit. Digest. de vsurpat.* ipsi propositum fuerit de modo vsurpandi & interrumpendi possessionem ex professo tractare. Insuper nec in illa *l. 5.* nec in toto isto titulo vllo verbulo alius, quam naturalis interruptionis meminit ICtus.

Proinde his ita consideratis, non amplius difficilis erit ad contraria argumenta responsio.

Ad primum enim respondetur verum quidem esse quod in ea *l. 5.* dicitur, eum possessorem non intelligi qui litis contestatione cœperit super iure possessionis fucillare, sententiæ tamen posteriori idcirco non aduersari quia hoc solum vult & intendit Imperator, quod etsi reuera possessio post litem contestatam duret, adeoque vsucapio non vsurpetur; non tamen intelligi possessorem ratione videlicet effectus plenissimi vsucapionis, qui in hoc consistit vt res vsucapta plenissimo iure ita qu e irreuocabiliter acquiratur possidenti: Ratione enim huius effectus recte negatur possessio & vsucapio locum habere. Etsi enim, prout supra ostendimus, etiam iudicialiter interpellatus vsucapiat. Completa tamen vsucapione cogitur rem priori domino restituere *l. si post. Digest. de Rei vindicat. L. Mora. 16. Cod. de Rei vindicat. l. 1. 2. & 10. Cod. de longi temp. praescript.* Et hoc, siquidem condemnatus fuerit possessor; alioquin si absolutus fuerit, etiam adhoc ei non officit interpellatio aduersarii vt possit rem vsucaptam retinere contra quemcunque alium petitorem, præter quam dominum.

Ad secundum argumentum *ex l. 2. Cod. de annal. except.* respondetur ab imperatore admodum notanter subiici, hoc, quod ibi constituerat, ita esse vt tamen omnia alia, quæ de longi temporis præscriptione vel 30. vel 40. annorum

annorum constituta sunt, siue ab antiquis legum conditoribus, siue ab Imperatoria Maiestate in suo robore durare debeant: Iam vero antiquis legibus constitutum fuit quod iudiciali interpellatione vsucapio non interrumpatur, nisi quoad plenissimum effectum, prout paulo supra diximus.

Ad postremum argumentum responsio est non difficilis: Videlicet id, quod dicitur ciuili interpellatione vsucapionem sine effectu constitui, non simpliciter verum esse: Ex prædictis siquidem satis intelligitur quod vsucapio & eo casu suum sortiatur effectum.

RESOLVTIO THESIS Secunda.

De his, qui vsucapere possunt vel nō possunt, dicendum nunc est. Et regula verissima est quod qui possidere non possunt, illi nec vsucapere queant. Ratio huius regulæ hæc est quod vsucapio seu præscriptio sine possessione non procedat *l. fine 25. Digest. de vsurpat. & vsucap.* vbi Licinius Rufinus *fine possessione*, inquit, *vsucapio contingere non potest.* Hinc bene deducitur vulgare istud Dd. axioma, *tantum intelligi præscriptum, quantum fuerit possessum.* Quod ipsum expresse quoque confirmatur *l. Non modum. Cod. de seruitut.* vbi fuit seruitus aquæ ducendæ concessa pro certis prædiis, licet postea prædia fuerint aucta non tamen augetur modus aquæ ducendæ. Idemque comprobat etiam *l. 1. §. Trebatius. Digest. de aqua quotid. & æstiua*, vbi si pro certo numero pecoris fuit concessa seruitus pecoris ad aquam appulsus, à domino fundi seruientis prohiberi potest ne amplior numerus pecoris ad aquam appellatur: Hinc Sneidewin. *de seruit. rustic. prædior. n. 31.* si nobilis, inquit, per legitimum tempus ad præscriptionem requisitum pavit 1000. Oues in alieno fundo & non vltra, licet postea crescat & augeatur numerus ouium, non tamen seruitutem augeri, nec vltra istum numerum 1000. ouium plures ibi oues pascere licere. Etenim possessio & præscriptio certos seruituti limites constituit, quos nunquam excedit: Atque ita etiam pronunciari solere notat Sneidewin. *d. loco.* Iureq; Saxonico idipsum expresse cautum est. **Weichbildt rubr. wie eine Schäfferey möge getheilet werden.** Quin & ista regula à veritate minime abhorret quod qui possidere possunt illi quoque possint vsucapere: conuertibilia siquidem hæc sunt, possessio & vsucapio: ita vt qui vsucapere potest ille possit quoque possidere, & vice versa qui possidere potest idem quoque vsucapere valeat.

Hinc filiusfam, quia possidere prohibetur, vsucapere potest *l. 4. § 1 ff de vsurpat. & vsucap. vsucapere filiusfam. [?] potest paterfam. filiusfam. & maxime miles in castris acquisitum vsucapiet*, inquit ibi Paulus. *Lit. B. & C.*

Proinde si filiofam. aliquid occasione & contemplatione militiæ, vel etiam in ipsa militia à non domino fuerit datum, longi temporis possessione sibi acquirit suumque proprium facit.

Quin & aduentitia, in quibus nudam proprietatem habet, filiusf. vsucapere posse hodie dubitandum non est: Equidem olim non poterat filiusfam. aduentitia vsucapere, quia illa pleno iure, id est, quoad proprietatem & vsum acquirebantur patri: *pr. I. per quas person. nob. acquir.* vnde etiam Iacobus Cuiacius in comment. ad *d. l. 4. §. 1.* suspicatur particulam, *maxime*, (quæ innuit castrensia bona in primis quidem ac præcipue præscribi & vsucapi à filio, sed non sola,

verum præter castrensia etiam aduentitia vsucapi) à Triboniano adiectam fuisse. Veruntamen, vtut sit, hodie aduentitia bona æque atque castrensia à filiofam. vsucapi possunt, quia eorum proprietas non amplius patri acquiritur, sed ad filiumf. pertinet. *d. pr. per quas person. nob. acquir. & l. 6. C. de bon. quæ lib.*

Lit. D.

De pupillo ita scribit Paulus *in d. l. 4. §. 2. Pupillus si tutore authore cœperit possidere vsucapit: si non tutore authore possideat, & animum possidendi habeat, dicemus posse eum vsucapere.*

Equidem pupillus cuiuscunque tandem sit ætatis, & licet infans sit, vsucapere potest tutore auctore: possidere quippe infans potest authoritate tutoris, cur ergo vsucapere non posset? *l. quamuis 32. ff. de acquir. vel amittend. poss.* & *in disp. præcedent.* satis ea de re dictum fuit.

Pupillus qui infantiæ proximus est, pubertati multo magis, tutore authore, poterit vsucapere quia indubitate possessionem acquirere potest: Quinimo etiam sine tutoris authoritate ipsum posse acquirere possessionem & vsucapere, dubitandum non est, cum eius iam sit ætatis vt animum & affectum, qui ad possessionem & vsucapionem requiritur, habeat, & alias sine tutoris authoritate omne id facere possit vnde conditionem suam indubitate reddit meliorem text. *in tit. I. de auctor. tutor.* Sed de pupillo quatenus cum tutore vel sine eo possessionem acquirat & consequenter, vsucapiat, quantum satis est d. sserui.

Quæ. 7. *An furiosus quod ante furorem possidere cœpit, durante furore vsucapiat?*

De furioso, quod in ipso furore possessionem acquirere exindeque incipere vsucapionem nequeat expeditum est: deficit quippe in ipso animus, affectio & intellectus, qui ad possessionem acquirendam inprimis necessarius est *l. 3. §. 1. Digest. de acquir. vel amitt. possess.* Sed quid, si ante furorem aliquid possidere cœperit, numquid illud, durante furore, vsucapiet? Affirmat hoc Author noster, & confirmat idipsum Paulus *in d. l. 4. §. 3.* his verbis: *Furiosus, quod ante furorem possidere cœpit, vsucapit; sed hæc persona ita demum vsucapere potest, si ex ea causa possideat, ex qua vsucapio sequitur.*

Videbatur equidem hoc diserte negandum, cum in vsucapionibus & possessionibus animus & intellectus desideretur *d. l. 3. §. 1.* & non solum in initio vsucapionis & in possessione acquirenda, sed etiam in vsucapionis progressu inq; possessione retinenda; cum ad possessionem retinendam opus sit animus vti in propatulo est & nos vbertim ad præcedentem disput. notauimus.

Veruntamen notanda est, pro dubii huius resolutione, restrictio, quam subiicit Paulus *in versic. sed hæc persona.* vbi clare significat quod furiosus non possit indistincte in furore vsucapere quod ante furorem possidere & vsucapere cœpit; sed ita demum *si ex ea causa possideat, ex qua vsucapio sequitur,* quod Cuiacius *de causa peculiari* interpretatur; Ex hac autem ideo furiosum vsucapere posse dicit, quia ex ea etiam ignorantes vsucapiunt *l. si emptam. ff. de vsurpat. & vsucap.* idque iure singulari receptum esse ait *l. peregre §. quæsitum. ff. de acquir. vel amitt. possess.*

Lit. E.

Seruum non posse vsucapere pro regula traditum est *in l. 118. de Reg. Iur.* vbi ita scribitur: *qui in seruitute est, vsucapere non potest: Nam cum possideatur, possidere non videtur.* Dominum tamen per seruum vsucapere dubium nullum est, idque etiam vsque adeo verum est vt dominus ignorans per seruum vsucapere possit ex causa peculiari, quia ex eadem causa potest etiam possidere: textus apertus *in l. 44. §. 1. ff. de acquir. vel amittend. possess.* cuius verba ita habent: *Quæsitum est cur ex peculii causa per seruum ignorantibus possessio quæreretur, dixi vtilitatis causa iure singulari*

gulari

Eulari receptum, ne cogerentur domini per momenta species & causas peculiorum inquirere: Nec tamen eo pertinere speciem istam vt animo videatur acquiri possessio. Nam si non ex causa peculiari quæratur aliquid, scientiam quidem domini esse necessariam, sed corpore serui quæri possessionem.

Et *in l.44.§.final.ff.de vsurpat.& vsucap.* hæc in verba Papinianus scribit: *Si cum apud hostes pater aut dominus agat, seruus aut filius emat, an & tenere incipiat? siquidem ex causa peculii possedit vsucapionem inchoari: Nec impedimento domini captiuitatem esse, cuius scientia non esset in ciuitate necessaria: Si vero non ex causa peculii comparetur: vsu non capi, nec iure postliminii quæsitum intelligi, cum prius esset, vt quod vsucaptum diceretur, possessum foret: sin autem pater ibi decesserit, quia tempora captiuitatis ex die, quo captus, morti iungerentur, potest filius dici & possedisse sibi & vsucepisse intelligi.*

Lit.E.& F. Et tantum de personis quæ vsucepere possunt: De rebus hæc tenenda est regula: Omnes res, cuiuscunque fuerint generis, siue corporales, siue incorporales & siue mobiles vsucapi posse: Olim quidem secus erat, vt supra demonstratum est: Res siquidem incorporales, vt & immobiles prouinciales non vsucapiebantur, verum Iustiniani constitutione hoc immutatum est, ita vt quæuis res, prout dixi, nunc vsucapiantur *l.vnic. Cod.de vsucap.transform.pr.l.de vsucap.*

Quæst. 8. *An nomina longissimo tempore præscribantur?*

Hinc nomina siue debita vsucapi & præscriptione extingui certum est, & quidem ita extingui vt debitor, omnino sit tutus. Hinc si creditor intra 30 annos debitum non petierit post illud tempus debitum exigens præscriptionis exceptione remoueatur: Idque ideo quod qui tempore liberatur ei sit similis qui satisfecit prout inquit Paulus *in l. si pupillus ff.de admin.tutor.* Et ita in Scabinatu Lipsensi responsum fuisse refert Daniel Mollerus *lib.3.semestr.c.18.* Et ita quoque iudicatum fuisse in Parlam. Delphin. Galliæ scribit Guido Papæ *q.199.* Quod tamen verum est ita si in mala fide non sit constitutus debitor: Quanquam enim in præscriptione longissimi temporis iure ciuili non desideretur bona fides *l.3.& 4.C.de prescript.longiss.temp. 30. vel 40. annor.* in hoc tamen puncto ius ciuile per canonicum correctum est. *cap.fin. extr.de præscriptionib.* iuraque canonica in præscriptionis materia obseruantur Andr. Gail. 2. *obseruat.* 18. *n.* 10. Moller.*d.c.*18.*n.* 3. Quod ita tamen verum est vt sola scientia debiti malam fidem non inducat, nec præscriptionem impediat, sed positiua mala fides debitoris, vt quia cælat debitum, vel contin...a grata creditoris expressam vel tacitam recognitionem implicans.

Quæst. 9. *An præscriptione liberato debitore, etiam fideiussores eius liberentur?*

Quod vsque adeo verum esse ait noster author vt & fideiussores liberentur, præscriptione, si videlicet intra longissimum tempus creditor neque à principali debitore, neque ab ipsis fideiussoribus debitum petierit vel exegerit.

Anton.Hering. *tract.de fideiussorib.c.27. part.4.num.44.* Wesenbec.*in paratitl.de vsucap.n.14. & Consil.14.num.84.* Franc. *de fidei.c.3.n.31.* Moller.*d.c.18.* Et ratio huius est perspicua, quod scilicet liberato principali debitore fideiussores etiam liberentur, & exceptio quæ prodest debitori principali, eadem quoque prosit fideiussoribus *l.7.§.1.ff.de Except.* vbi Paulus scribit: *Rei autem cohærentes exceptiones etiam fideiussoribus competunt vt rei iudicata, doli mali, iurisiurandi, quod metus causa factum est &c.* Et Vlpianus *in L.43.Digest.de solut.in omnibus*, inquit, *speciebus liberationum etiam accessiones liberantur, puta fideiussores, hypotheca, pignora &c.* Iam vero exceptionem præscriptionis non personæ, sed rei cohærere cum obligationem concernat & solutioni æquiparetur, certum est Hering. *d.part. 4.n.44.& seq.*

Nec huic sententiæ quicquam obstat quod præscriptio & vsucapio naturalem obligationem non extinguunt, quia alias exceptio non daretur *argum. pr. de except.* vnde dicendum videbatur quod fideiussor adhuc obligatus maneat. Nam considerandum est quod Author noster nequaquam velit per vsucapionem nomina & obligationes ipso iure extingui & fideiussores, vna cum principali, ipso iure liberati: sed exceptionem ex præscriptione competere velit, quæ à principali aut fideiussore eius opposita tollit demum ciuilem pariter & naturalem obligationem. Quin imo ipsa exceptio præscriptionis arguit debitorem non amplius naturaliter obligari: Tunc enim exceptio dari solet, quando æquum non est debitorem conueniri *pr. & §. seqq. I. de except.*

Amplius vsque adeo fideiussoribus vsucapio & præscriptio debiti prodest, vt licet in genere omnibus suis beneficiis, vel omnibus iuris remediis & exceptionibus renunciassent, tamen tuti essent Donell. Muller. *d. c. 18.*

Et ratio huius est ista quod qui præscriptione longissimi temporis tutus est pro eo habeatur, ac si soluisset *d. l. si pupillus ff. de admin. tutor.* Hinc etiam decidit Mollerus quod etsi Augusti Electoris Saxoniæ constitutio prouincialis **von versiegten Brieff vnd Sigeln** generalis sit, atque in executione liquidorum instrumentorum nullam aliam quam solutionis exceptionis solutionem admittat, non tamen censeri exclusum præscriptionis exceptionem, vt quæ compareretur exceptioni solutionis *per d. l. si pupillus. ff. de admin. tutor.*

Exemplum aliud præscriptionis iurium siue rerum incorporalium adducit noster Author in præstationibus annuis in bona moneta vel frumēto bono soluendis, si enim vniformiter per triginta annos in viliori moneta vel frumento solutæ sint, indistinctè præscripta censentur vt nimirum non teneatur debitor eas post lapsum tanti temporis in futurum in meliori, quam hactenus exsoluere. Cautum hoc est expresse constitutione Electoris Augusti *part. 2. const. 3.* Quod ipsum quoque iuri communi per omnia est consentaneum & perspicue fundatum *in cap. 20. extr.* de censibus vbi dicitur soluendos esse census in antiqua moneta in qua instituti sint, nisi sit in alterius monetæ solutione præscriptum. Daniel Mollerus *in comm. ad d. constit. 3.*

Aliud exemplum adducit Treulerus noster ex *constit. 4. part. 2.* vbi sancitur quod rustici vbi vltra 30. annos, annum & diem loco operarum vel seruitiorum certam quantitatem pecuniæ soluerunt, contra seruitia præscripserint: verba constitutionis hæc sunt: **Wiewol vnsere verordnete seynd dessen einig / wann die Bawern durch rechtliche Verjahrung vber dreyssig Jahr / Jahr vnd Tag / an stadt jhrer Dienste / ein Dienstgeld oder anders gleichförmig / ohne Vermehrung oder Verminderung gegeben / vnd man die Dienste von jhnen haben wolte / sie aber solches zu thun sich wegerten / daß sie bey dem Dienstgelde vnd præscribirter Gerechtigkeit / wo sonst keine andere Verträge vorhanden / bleiben vnd gelassen werden sollen.**

Also auch dagegen / da die Bawern nach solcher Zeit das Dienstgeldt nicht mehr geben / sondern die Dienste viel lieber thun wolten / so sey jhre Herrschafft auch solches anzunehmen nicht schuldig. Hetten aber in solcher Zeit die Bawern neben dem Dienstgelde / etliche Dienste vber dreyssig Jahr / Jahr vnd Tag gethan / so were sie dieselbe hinführo gleichfalls neben dem Gelde zuthun pflichtig / welches wir vns dann gefallen lassen. Wann aber das Dienstgelt innerhalb dreyssig Jahren / Jahres vnd Tages / nit vnifor-

vniformiter gegeben / sondern bißweilen vermindert vnd vermehret / vnd auff etliche Jahr gerichtet / So wollen wir / daß in solchem Fall auff die Interruption gesprochen / vnnd die Bawern dardurch der Dienste nicht entlediget oder gefreyet seyn sollen: entencia constitutionis hæc est, quam etiam Mollerus ibidem reddit, quod si rustici loco operarum, quas dominis præstare olim tenebantur, certam quantitatem pecuniæ aut quid aliud per annos triginta, annum & diem vniformiter soluerent, non ipsi tantum aduersus exactionum operarum, præscriptionis exceptione in posterum tuti sint, nisi forte exceptionem hanc replicatione pacti aut transactionis domini elidant; sed dominis quoque hoc ius quæsitum sit vt annuam illam pensionem rustici deinceps etiam illis soluere teneantur, nec ab illis se liberare præstatione operarum possint dominis inuitis, etiamsi velint, quemadmodum si præter annuam pensionem etiam certas quasdam operas dominis præstiterunt, vltra longissimum tempus ad vtrumq; deinceps quoque obligati sint. Vide *ad d. l. constit. 4.* Mollerum. Deniq; exemplum præscriptionis rerum incorporalium adducit noster Treutlerus in seruitutibus Realibus, quas & ipsas præscribi & vsucapi ait; Verum de hac seruitutum præscriptione dictum est *volum. prior. disput. 17. de seruit. Realib. Thes.* 8. *&* 9. quo breuitatis causa amicum lectorem remitto.

RESOLVTIO THESIS
Tertia

Lit. A. QVod porro dictum est res qualcunque vsucapi & præscribi posse, verum est si nullum in se habeant vitium quod impedimento esse possit vsucapioni. Sic enim res furtiuæ nō possunt vsucapi *§ furtiuæ. I. de vsucap. l. 4. §. 6. & l. 33 pr. ff. eod. tit.*

Hinc quæstio oritur de partu ancillæ furtiuæ apud bonæ fidei possessorem concepto & edito, satis intricata & dubia, vtrumne vsucapi queat?

Et quidem pro Negatiuæ sententia facit quod partus ancillæ furtiuæ pars est, & ideo eadem macula eodemque vitio affectus esse debeat, quo ipsa ancilla. Et quod partus ancillæ sit pars ipsius ancillæ probatur primo per textum *in l. 1. §. 1. ff. de ventre inspiciend.* vbi diserte Vlpianus scribit: partum, antequam edatur, mulieris portionem esse vel viscerum eius. Et *in l. 7. §. 1. ff. de except. rei iud.* aperte dicitur, eum qui prægnantem ancillam petit, etiam partum ipsius petere videri, adeoque obstare actori exceptionem rei iudicatæ, quod sane dici non posset si partus non esset pars ancillæ. Quæ. 10. *An partus ancillæ furtiuæ, apud bonæ fidei possessorem conceptus & natus possit vsucapi?*

2. Idem confirmat & hæc ratio quod partus ancillæ apud furis heredem (quantumuis hic in bona fide sit constitutus) conceptus & natus vsucapi nequeat *l. 4. §. 15 ff. de vsurpat. & vsucap.* in qua Paulus ita scribit: *Heres, qui in ius defuncti succedit, licet apud eum ignorantem ancillam furtiuam esse conceperit ea & pepererit, non tamen vsucapiet.*

Rursus pro Affirmatiua opinione sequentia faciunt argumenta.

1. In *l. 10. §. fin. ff. de vsurpat. & vsucap.* Vlpianus aperte docet partum ancillæ apud bonæ fidei possessorem & natum & conceptum vsucapi posse, dum ita scribit: *Scæuola lib. 11. quæst. scribit, Marcellum existimasse, si bos apud furem conceperit, vel apud furis heredem, pariatque apud furis heredem vsucapi apud furis heredem distractum inuentum non posse, sic, inquit, quemadmodum nec ancillæ partus; Scæuola autem scribit se putare vsucapere posse partum: Nec enim esse partum rei furtiuæ partem. Cæterum si esset pars nec si apud bonæ fidei emptorem peperisset, vsucapi poterat.*

2. Idem

XXVII. *An* L. final. Cod. de SS. Eccles. *sit emendata per Authent. quas actiones. eod. tit?*

XXVIII. *Quanto temporis spacio immunitas vectigaliū & collectarū praescribatur?*

XXIX. *Iure Saxonico quo tempore contra Ecclesiam & pias causas currat praescriptio?*

XXX. *Quo tempore currat contra ciuitates de iure Saxonico?*

XXXI. *Bona vacantia quanto tempore contra fiscum praescribantur?*

XXXII. *Quo tempore de iure Saxonico praescribatur iniuriarum?*

XXXIII. *An bona fides antecessoris prosit successori singulari, si is nolit illius accessione vti?*

XXXIV. *An per pignerationem de iure Saxonico vsucapio interrumpatur?*

XXXV. *An ex putatiuo & erroneo titulo possidens vsucapiat?*

XXXVI. *An suus heres ex titulo possidens pro herede possit vsucapere?*

XXXVII. *An & quomodo decima praescribantur?*

XXXVIII. *An praediales & reales decima possint praescribi?*

XXXIX. *Quonam tempore Ecclesia contra Ecclesiam praescribat ius decimarum?*

XL. *An ea, quae sunt de reseruatis principis, praescribantur?*

XLI. *An superueniens mala fides interrumpat mobilium vsucapionem?*

XLII. *An completa vsucapione si mala fides superueniat res vsucapta in foro conscientia restitui debeat?*

XLIII. *An dubitans sit bonae fidei possessor?*

XLIV. *An dubitans possit vsucapere?*

XLV. *An mala fides praesumatur?*

XLVI. *An extraiudicialis denunciatio malam fidem inducat?*

XLVII. *Ex quibusnam causis mala fides praesumatur?*

XLVIII. *An vsucapio omni Iuri & aequitati sit consentanea?*

XLIX. *An iudex ex officio etiamsi pars non petat super praescriptione possit cognoscere?*

L. *An per vsucapionem plenum & absolutum acquiratur dominium?*

LI. *An dominium vsucapione quaesitum possit à principe auferri?*

VOLV-



VOLVMINIS POSTERIORIS DISPVTATIONIS VIGESIMÆ SECVNDÆ.

De Vſucapionibus & præſcriptionibus.

Reſolutio.

THESIS I.

Lit. A.  *Sucapionem* à capiendo & vſu dictum eſſe, dubitandum nullo modo videtur: Et ſic A. Gellius *lib.7. N. Attic. cap.10.* hac de re ſcribit: Sicut pignoris capio dicitur à capiendo & à pignore, ita dicitur vſucapio quia res capitur vſu: Ab effectu ſc. eius hæc deducitur deriuatio, quoniam vſucapione res capitur vſu, id eſt, poſſeſſione vt hoc ex ſequentibus dilucidius pateſcet Franciſ. Hotom. *ad pr. l. de vſucap. ænunc.2.* Franc. Duaren. *de vſucap. c.1.* Alciat. *ad l.115. ff. de verb. ſignificat.*

Lit. B.

Quæ. 1. An vſucapio recte definiatur à Modeſtino in l.3. ff. de vſucap.?

Definitur porro vſucapio *Adiectio vel adquiſitio dominii per continuationem poſſeſſionis, temporis definiti.* Ita quippe Modeſtinus eam definit *in l.3. ff. de vſurpat. & vſucap.* Verum in multas difficultates atque Interpretum reprehenſiones hæc definitio incidit.

1. Nam primo male videtur vſucapio definiri per adiectionem vel acquiſitionem dominii propterea, quod adiectio vel acquiſitio dominii ſit effectus vſucapionis: Nihil autem recte per ſuum effectum definiatur, cum cauſatum à cauſa differat, nec ſit pars quædam ſubſtantialis cauſæ: Et quia effectus rem ipſam ſiue cauſam minime demonſtrat reali quadam demonſtratione, quæ omnino neceſſaria eſt ad congruam & perfectam definitionem, idcirco dicendum eſt omnem definitionem quæ fit per effectum, vitioſam eſſe. Hinc & Bartolus definitionem appellationis à nonnullis traditam, *quod ſit prioris ſententiæ reſciſſio*, eodem ex fundamento improbat & reiicit quod reſciſſio effectus ſit appellationis.

2. Obſtare deinceps & illud vſucapionis definitioni videtur quod *adeptio* potius eſt & *acquiſitio dominii*, quam *adiectio*: Vnde & Vlpianus *in fragm. tit.19.* vſucapionem non per *adiectionem*, ſed per *adeptionem* definiuit; Et vulgati Codices omnes habent *acquiſitio*.

3. Opponitur præterea definitioni Modeſtini & illud quod etſi iure veteri recte dicta fuerit vſucapio *adiectio* pro-

pterea quod dominio iurisgentium, quod olim solum per traditionem aequirebatur, adiecerit dominium iuris ciuilis & Quiritium: Hodie tamen & iure nouo amplius adiectio appellitari nequeat, quia per traditionem non solum naturale sed etiam ciuile & Quiritium dominium acquiritur §. *per traditionem I. de Rer. diuis. l. vnic. C. de nud. iure Quirit. tollend.*

4. Insuper quod vsucapio perperam *adiectio* dicatur hac ratione Accursius Glossator euincere conatur, quod dominium non acquiratur pluribus ex causis: At vsucapio pluribus ex causis contingat vt ostendunt tituli subiecti titulo *Digest. de vsurpat. & vsucap.*

5. Improbat insuper Paulus Castrensis definitionem Modestini exinde quod bonæ fidei & iusti tituli, quæ tamen duo ita necessaria sunt ad omnẽ vsucapionẽ, vt sine illis vsucapio nulla procedat §. 1. *I. de vsucap.* nulla penitus mentio fiat; adeoque imperfecta & manca sit definitio, vt quæ essentiam rei definitæ non perfecte, nec plene declaret.

5. Denique Nicolaus Cisnerus definitionem vsucapionis à Modestino traditam, ideo reprehendit, quoniam tempus certum quo vsucapio absoluatur, nominatim non exprimit, cum tamen verosimile sit tempus istud à lege definitum, nominatim & diserte à ICtis in definitione vsucapionis expressum fuisse.

Cæterum hæc & eius generis alia argumenta, quibus prædicta vsucapionis definitio impugnari solet non sunt tanti momenti vt illis expugnari etiam & euerti queat.

Quod enim ad primum argumentum attinet, respondet ad illud Didacus Couarruv. *in Relect. cap. possessor. de Reg. Iur. in sext.* Definitionem alicuius rei non recte per effectus concipi, quanto hi effectus remoti sunt à re ipsa, nec insepa-rabiliter ei adhærent, nec necessario ex illa sequuntur, quoniam tales effectus sunt accidentales solum, non vero essentiales qualitates ac proprietates rei: At recte rem definiri per effectus qui adhærent rei inseparabiliter, quoniam eiusmodi effectus sunt proprietates quædam essentiales, non accidentales, & ideo per hosce effectus congrue rem ipsam definiri text. *in l. bona autem. § bonor. igitur. ff. de bonor. possess.* acquisitionem vero dominii adeo propriam esse vsucapionis dicit, vt eius substantialis proprietas hæc sit, quoties dominium acquiritur per tempus à lege definitum, atque ita potius ad proprietatem, quam ad effectum pertineat.

Mihi dicendum videtur absurdum minime esse causam per effectum definiri: Sic enim tutela definitur per effectum *in §. Tutela. I. de tutel.* & per effectum definitur Iusticia *in pr. I. de Iustit. & Iure.*

Insuper falsum est quod acquisitio dominii sit effectus vsucapionis: Dominium acquisitum effectus eius est: At non dominii acquisitio, hæc quippe reuera nihil aliud est quam modus acquirendi dominii *pr. I. de donat. in verb. Est & aliud genus acquisitionis donatio.* vbi genus acquisitionis indubitate ponitur pro modo acquirendi dominium. Adquisitio igitur dominii non est vsucapionis effectus sed genus ipsius. Sic & traditionis genus est adquisitio, effectus dominium acquisitum & translatum: Et vt modo dicebatur, donationis genus est acquisitio *d. pr.* effectus dominium translatum & acquisitum.

Ad secundum quoq; argumentũ non est difficilis responsio: Nã vsucapio recte dicitur *adiectio*, recte etiam appellatur *adeptio*: Adiectio, quatenus possessioni ciuili quã vsucapiens habet, adiicit etiam dominium, adquisitio autem vel adeptio

quate-

quatenus, mediante illa, vſucapiens dominium adipiſcitur ſibique acquirit. Æmyl. Ferret. *in rubrica tit. Dig. de vſucap num. 14. Duaren. de vſurp. & vſucap. c. 1.* Donell. *5. com. 5.* Nec quicquam in contrarium mouet quod Vlpianus per adeptionem definire maluit vſucapionem; Nam vtrumque recte de vſucapione prædicari iam modo demonſtratum eſt, vnde in libero eius arbitrio fuit, anne per adeptionem, an vero adiectionem definire voluerit vſucapionem.

Ad Tertium quoque argumentum expedita eſt reſponſio: Nā falſum eſt, quod ceu confeſſum & certum præſupponitur, vſucapionē hoc ſenſu à veterib. ICtis appellatā fuiſſe *adiectionem* quod dominio iuris gentium, per traditionem acquiſitum, adiecerit dominium ciuile, ſeu quiritarium; ſed potius idcirco adiectio iam olim dicta fuit, quia poſſeſſioni ciuili adiecerit dominium, vel quod eodem recidit, dominium poſſidenti adiecerit:

Quod cum vſucapio etiamnum hodie faciat merito dicetur *adiectio*.

Ad Quartum argumentum reſpondet Cuiacius vnam tantum eſſe cauſam proximam vſucapionis, nempe poſſeſſionem: Poſſeſſionis vero illius rurſus varias & multiplices eſſe cauſas ac titulos: Ita vt poſſeſſionis quidem plures ſint cauſæ, vſucapionis vero non niſi vna & dominii non niſi vnus titulus.

Ad Quintum argumentum reſpondet Æmylius Ferrettus, bonam fidem & titulum eſſe qualitates & accidens quædam, ſine quibus ſubſtantia rei intelligi ac percipi poſſit. Nec ſane omnia requiſita rei neceſſaria, nec omnes qualitates in definitione exprimi oportet, ſed ſufficit definitionem rei definitæ partibus eſſentialibus conſtare.

Ad Sextum argumentum reſpondetur illud in meris coniecturis conſiſtere ac proinde qua facilitate adſtruitur eadem rurſus deſtruitur.

His proinde obſtaculis remotis, relinquitur ſalua & integra Modeſt. definitio. **Quæſt. 2. Ad vſucapionē quænam & qualis poſſeſſio requiratur?**

Cum ſupra in definitione Modeſtini mentio poſſeſſionis facta fuerit, nō immerito, nec fruſtra quæritur quænam & qualis poſſeſſio ad vſucapionem ſit neceſſaria, ciuilisne requiratur, an ſufficiat naturalis.

Ciuilem deſiderari his argumentis euincitur.

1. Is qui rem aliquam vſucapit, animum habere debet rem illam ſibi iure dominii habendi, ſeu, quod idem eſt, debet poſſidere animo domini atq; exiſtimare ſe eſſe dominum rei poſſeſſæ *pr. & §. 1. I de vſucap.* At vero qui naturaliter tantum poſſidet non habet animum & affectionem domini, nec rem poſſidet, ita vt exiſtimat ſe eius eſſe dominum; proinde qui duntaxat naturaliter poſſidet, non poteſt vſucapere.

2. Facit huc textus elegans & expreſſus *in §. 4. I. per quas perſon. nob. acq.* vbi vſufructuarius negatur poſſe vſucapere, quia non poſſideat: quod de ciuili poſſeſſione proculdubio accipiendum eſt cum alias fructuarius naturaliter poſſideat *l. 12. ff. de acquir. poſſeſſ.*

Non repugnat huic ſententiæ quod cum abſens dominus, cuius res vſucapitur, non deſinat poſſidere ciuiliter, ſed animo domini eam retineat, etiamſi alius bona fide eiuſdem rei poſſeſſionem ſit ingreſſus *l. 3. §. in amittenda. l. Clam. §. qui ad nundinas. ff. de acquir. poſſ.* non poſſit vſucapiens ciuiliter poſſidere, quia alias duo rem eandem ciuiliter in ſolidum poſſiderent, quod fieri poſſe negat ICtus *in l. 3. § 5 ff de acquir. poſſ.*

Reſp. Hoc, inquam, non obſtat: Quandiu enim abſens dominus rei ſuæ poſſeſſionem retinet, non poteſt alius eū poſſidere ciuiliter, nec etiam vſucapere: Variis tamē modis accidit vt dominus, qui à re ſua diſceſſit etiam non animo dimittendæ poſſeſſionis, tamen poſſeſſione

Ratio autem cur huiusmodi mutatione possessionem amittamus, non est obscura, sed euidens & cuiuis obuia. Hæc nempe, quam & Paulus indicat, quod res sacra & religiosa facta in eum sit deducta statum vt possideri nequear hoc vero ideo quia possessio rei cuiusque est vel propter dominium, vel propter vsum rei: In re autem religiosa vel sacra nec vsum, nec dominium habemus. §. *Nullius.* & §. *Religiosum.* §. *sacra.I.de Rer.diuis.*

Secundo amittitur possessio cum res possessa in aliam mutatur speciem: Ita quippe hac de rescribit Paulus *in d.l.30.§.4.* item *quod mobile est multis modis desinimus possidere: si aut nolimus, aut seruum manumittamus. Item si quod possidebam in aliam speciem translatum est veluti vestimentum ex lana factum.*

Ratio huius est ista quod cum lana ad vestem redacta desinat esse lana, amplius à nobis possideri nequeat: Nam quod sublatum est & in rerum natura esse desiit possi-ieri amplius nequit, cum non entis nullæ sint qualitates, nullæ considerationes. Veruntamen hoc de vera duntaxat speciei mutatione accipiendum, de ea vero, qua externa saltem rei forma & figura mutatur, resque ad priorem speciem facile reduci potest, nequaquam intelligendum erit: Huiusmodi enim mutatio, sicut dominium non tollit, ita nec possessionem priori possessori adimit. §. *Cum ex aliena,I.de Rer.diuis.*

Lit. C. Mutatione prætereea personæ possessionis amittitur possessio. Quod fit quando possessor vel in alterius potestatem redigitur, vel in rebus humanis esse desinit. *l.30.§.3. Cod.* In alterius potestatem redigitur qui arrogatur, aut qui dominio alterius subiicitur. & ratio est quod qui ipse possidetur, aliquid possidere non potest *l.23. §. vlt.l.49. §.1.Digest, de acquir.poss.ff.* Et cum dominium ex hac causa amittat ir, *l. penult. §. 1. ff.de bonor. poss. se.und. tabul.* possessio multo magis amittetur, vt quæ & alias facilius, quam dominium amittatur. *l.17. §. 1. ff. d.tit.* Morte possessoris amitti possessionem certum est: cum enim animi sit & corporis *l.3.§.1.ff.de acquir. poss.* consequens est vt animo isto & corpore sublato possessio quoque tollatur: Nec eam in heredes, sicut dominium, continuari, sed ab illis de nouo acquirendam & apprehendam esse, clare dispositum est *in l.23. ff.de acquir.poss.* vbi Iauolenus ait: *Cum heredes instituti sumus, adita hereditate, omnia quidem iura ad nos transeunt: possessio tamen nisi naturaliter comprehensa, ad nos non pertinet.* Quod tam in suo herede, quam extraneo locum obtinere supra ostensum est.

Ad hæc possessio amittitur cum res possessa à latronibus vel hostibus occupatur, per textum *in l.3.§ 8.ff.de acquir.poss.* vbi tamen sic demum per occupationem amitti possessionem ostenditur, si dominus præ terrore fundum siue prædium accedere non audet, quia nihil interest, an in fundo constitutus vi deiiciatur, an vero prohibeatur vel non ausit accedere. Sola igitur & nuda occupatio possessione dominum non priuat.

Amittitur porro possessio quando res possessa mari vel flumine occupatur: Ita enim Paulus *in l.3.§.17.ff.de acquir.poss. Labeo & Nerua filius responderunt desinere me possidere eum locum quem flumen aut mare occupauerit.*

Et ratio huius ista esse videtur quod innudatio facit vt res corporaliter à me, etsi velim, possideri non potest: Ad possessionem autem necessaria est saltem potestas naturalis comprehensionis *l.3.§.Nerua & sequent.Digest.de acquir. poss.*

Sed huic expresse obloqui videtur

l.30.

*l.30.§.3.ff.eod.tit.*dum Paulus ait: *Quod mari aut flumine occupatum sit, posidere non desinimus.*

Extant autem variæ harum legum conciliationes: Etenim Dionysius Gothofredus in not.ad *d.l.30.§.3.* distinguit, vtrum inundatio sit breuis & ad paucos dies, atque talis, quæ facile sit recessura, an vero inundatio duratura ad longum tempus, nec facile recessura speretur: Vt priori casu obtineat id, quod *d.l.30.§.3.* scribitur: posteriori vero casu locum habeat *d.l.3.§.17.*

Æmylius Ferretus distinguit hoc modo, vt si inundatio sit talis, quæ mutet fundi vel agri speciem & formam, tunc non solum possessio, sed & dominium amittatur, & de hac inundatione vult intellectam *d.l.3.§.17.* Sin vero inundatio non mutet formam & speciem agri, possessio non amittatur. *d.l.30.§.3.* Glossographi vulgo distinguunt hoc modo, vt si exigua sit inundatio ita vt terra adhuc videatur & ex parte etiam coli possit, possessio non amittatur: sin ita sit magna vt terram in totum tegat, vt nec videri nec coli possit, amittatur possessio.

Quæ. 54. *An corpore simul & animo possessio acquiratur?* Denique possessionem amittimus animo & corpore: Ita Paulus *in l.8.ff.de acquir.poss.Quemadmodum*, inquit, *nulla possessio acquiri nisi animo & corpore potest: ita nulla amittitur, nisi in qua vtrumque in contrarium actum est.*

2. Idem *in l. 6.ff.eod.tit.* haut obscure scribit Papinianus; *Quamuis* inquiens *falso proposito possidendi fuerit alius ingressus, tandiu priorem posidere dictum est, quandiu possessionem ab alio occupatam ignoraret: Vt enim eodem modo vinculum obligationum soluitur, quo quari adsolet, ita non debet ignoranti tolli possessio, quæ solo animo tenetur.*

3. In *l 153.de Reg.iur.* Paulus *Fere*, ait, *quibuscunque modis obligamur, iisdem in contrarium actis liberamur; Cum quibus modis acquirimus, iisdem modis in contrarium actis amittimus: Vt igitur nulla possessio nisi animo & corpore potest; ita nulla amittitur, nisi in qua vtrumque in contrarium actum est*

Sed huic sententiæ quod possessio animo & corpore amittatur, valde refragatur quod idem Paulus *in l.3 §. In amit enda.ff. de acquir. vel amit. poss.* vbi diserte scribit, solo animo possessionem amitti posse, quamuis acquiri non possit.

2. Refragatur eidem præterea *l. si quis 17.§.1.eod.tit.* vbi possessionem à dominio discernit, quod possessio recedat simul ac quis constituerit nolle se possidere: dominium vero non amittatur, etiamsi quis dominus esse nolit.

3. Et *in l.si me in vacuam.34. eod. tit.* idem Vlpianus ait, possessionem animo deponere ac mutare nos posse; idque Cellum ac Marcellum scribere.

4. His adstipulatur Papinianus *in l. 44. §.vltim. ff. de acquir. poss.* vbi similiter possessionem eius, quod corpore nostro tenemus, vel animo amitti refert.

Hæc apparens antinomia varie conciliatur à iuris nostri Interpretibus. Etenim Iacobus Cuiacius *in paratitl.C de acquir. & ret. poss. & in l.153. de R.I.* Ioh. Borcholt. *de acquir.poss.c.vlt.n.1.2.& 3.* Iulius Pacius *cent. 6. quæst. 96.* Philippus Matth. *ad d.l.153.de Reg. Iur.* ita adductas leges conciliare nituntur, vt regulariter quidem possessio corpore & animo amittatur; sed aliquando tamen solo etiam animo, vt si hybernos vel æstiuos saltus eo tempore quo corpore illos nō detinet, nolle se possidere constituat, solo animo possessionem amittet, quoniam & possessionem illorum solo animo retinet eo tempore, quo saltibus iis corpore non incumbit. *arg.l. 3.§. saltus. ff. de acquir. poss.* Hinc particulam fere in initio *d.l.153.* positam *in versic.* sequenti.

quenti repeti volunt, quasi ICtus Paulus scripsisset *fere animo & corpore possessionem amitti*; atque exinde cæteros textus generaliter loquentes restringendos & interpretandos esse.

Fransc. Connan. *lib. 3. cap. 9. n. 4.* & Ludouicus Charundas *lib. 2. cap. 5.* hoc modo præfatam antinomiam conciliat, vt leges, quæ dicunt solo animo possessionem amitti, de ea possessione loquantur quam quis volens amittit: Cæteræ vero leges de ea possessione quam quis inuitus amittit, quamque animo & corpore habemus. Sed huic diserte contrariatur *l. 8. ff. de acquir. possess.* in verb. *Nulla possessio.*

Gilbertus Regius *lib. 2. Antin. c. 19.* ait leges quæ solo animo possessionem amitti volunt de vsucapione loqui, in qua præcipue ratio habeatur affectionis & animi.

Matth. Wesemb. *in paratitl. ff. de acquir. & retinend. poss.* Fr. Duar. *in l. 3. §. in amittenda ff. de acq. poss.* distinguunt vt possessio, quatenus iuris est & in animo consistit, solo animo amittatur, quatenus autem in facto & detentatione simul consistit corpore & animo amittatur. Æmyl. Ferret. *in d. §. in amittenda*, ait in acquirenda possessione præcedere corpus, sequi animum. Sed in amittenda contrarium esse ordinem vt prior sit animus eumq; sequatur corpus.

Hub. Giph. *in d. §. In amittend.* Ita circa hanc antinomiam statuendũ putat: possessionem tunc demum animo simul & corpore amitti quãdo corpore primum amittitur, tunc enim animus simul requiritur; vt scilicet quemadmodum non acquiritur nisi corpore & animo, ita quoque nõ amittatur solo corpore, sed etiam animo. Non esse autem necesse ait vt hæc cõparatio per omnia valeat, sed satis esse si in vno: Nẽpe vt possessio nõ solo corpore, sed etiã animo acquiritur: Ita nõ amittatur solo corpore sed etiam animo.

Hermannus Volteius *in pr. l. de Interdict.* sic statuendum existimat: Regulariter possessionẽ sola animi destinatione, vt quisque cõstituit nolle possidere, protenus amitti: Verum in interdicto de vi & vi armata hanc regulam pati exceptionem, vt non satis sit possessionem, quæ non animo & corpore acquisita fuit hic solo animo amissam esse, nisi etiã amissa sit corpore, & in eo interdicto esse vniuersale vt nulla possessio amissa censeatur, nisi vtrumque in contrarium actum sit. Ideoque Paulũ pro ratione subiectæ materiæ, de qua agebat, vniuersaliter scripsisse, quod compilatores iuris non animaduertentes sub titulo de acquirẽda vel amittenda possessione legem posuerint, quæ rectius sub titulo de vi & vi armata poni potuisset. Vt autem ita sentiat, mouetur primum inscriptione *l. 8. de acquir. possess. & d. l. 153. de Reg. iuris.* quæ est libri 65. Pauli ad edictũ, quo in libro Paulus egit de vi & vi armata, vt apparet ex inscriptione *l. 2. & 9. ff. de vi & vi armata.* sicut in eodem egit de interdicto vti possidetis, vt apparet ex inscriptione *l. 2. ff. vti possid.* postea *lib. 66. de itinere actuq. priuato*, ceu docet *l. 2. & 6. ff. de itinere actuque priuato.* Secundo mouetur hac ratione quod mirum non sit solo animo possessionem amitti, nempe si animus sponte ad deferendam possessionem afferatur adeo, vt licet corpore suo quis in possessione sit, simul atq; tamen constituerit non possidere, possessionem protenus amittat: At si quis cogatur possessione cedere, animo quidem amittat possessionem, quia coacta voluntas etiam voluntas est *l. 21. §. vlt. ff. quod met. caus.* sed non amittat omnimodo, nisi etiam corpore amiserit: Quandiu enim corpore retinuerit, nondum amisisse intelligatur possessionem ad eum effectum vt interdicto vnde vi experiri possit.

Finis Disputationis Vigesima prima.

VOLV-



VOLVMINIS POSTERIORIS DISPVTATIONIS VIGESIMÆ SECVNDÆ.

De

Vſucapionibus & præſcriptionibus.

QVAESTIO I.

I. *An vſucapio rectè definiatur à Modeſtino* in L.3.ff.de vſucap.?

II. *Ad vſucapionem quænam & qualis poſſeſſio requiratur?*

III. *Quænam olim fuerint differentia inter vſucapionem & præſcriptionem?*

IV. *An adhuc hodie vſucapio differat à præſcriptione?*

V *Anne vſucapio & præſcriptio hodie etiam ſubiecto differant?*

VI. *Anne vſucapio per litis conteſtationem interrumpatur?*

VII. *An furioſus quod ante furorem poſſidere cœpit durante furore vſucapiat?*

VIII. *An nomina longiſſimo tempore præſcribantur?*

IX. *An præſcriptione liberato debitore etiam fideiuſſores eius liberentur?*

X. *An partus ancillæ furtiuæ apud bonafidei poſſeſſorem conceptus & natus poſſit vſucapi?*

XI. *An partus ancillæ furtiuæ, quam ſeruus domino pro libertate dedit, poſſit ab eo vſucapi?*

XII. *An fœtus pecudum furtiuarum poſſint vſucapi à bona fidei poſſeſſore?*

XIII. *An res pupilli poſſint vſucapi?*

XIV. *An res puberum poſſint vſucapi?*

XV. *An res meræ facultatis poſſint præſcribi!*

XVI. *Verum annui reditus poſſint præſcribi?*

XVII. *An ex cauſa ignorantiæ aliquis poſſit in integrum reſtitui contra præſcriptionem?*

XVIII. *An tempus vſucapionis computetur ciuiliter de die in diem, ita vt cœptus dies poſtremus pro completo habeatur?*

XIX. *An actio iniuriæ realis ex L. Cornelia deſcendens ſit temporalis?*

XX. *Annus, quo prætoria iniuriarum actio præſcribitur, vnde computari debeat?*

XXI. *Anne criminales actiones & ipſa crimina præſcribantur 20. annis?*

XXII. *Anne Eccleſia contra Eccleſiam præſcribat 30. annis?*

XXIII. *An priuilegium quadragenalis præſcriptionis ad pias cauſas ſpectet?*

XXIV. *An Eccleſia Romana gaudeat adhuc hodie centenalis præſcriptionis priuilegio?*

XXV. *An beneficium centenalis præſcriptionis Imperatori competat?*

XXVI. *Quanto temporis ſpacio res ciuitatis præſcribantur?*

XXVII. An L. final. Cod. de SS. Eccles. sit emendata per Authent. quas actiones. eod. tit?

XXVIII. Quanto temporis spacio immunitas vectigaliũ & collectarũ praescribatur?

XXIX. Iure Saxonico quo tempore contra Ecclesiam & pias causas currat praescriptio?

XXX. Quo tempore currat contra ciuitates de iure Saxonico?

XXXI. Bona vacantia quanto tempore contra fiscum praescribantur?

XXXII. Quo tempore de iure Saxonico praescribatur iniuriarum?

XXXIII. An bona fides antecessoris prosit successori singulari, si is nolit illius accessione vti?

XXXIV. An per pignerationem de iure Saxonico vsucapio interrumpatur?

XXXV. An ex putatiuo & erroneo titulo possidens vsucapiat?

XXXVI. An suus heres ex titulo possidens pro herede possit vsucapere?

XXXVII. An & quomodo decimae praescribantur?

XXXVIII. An praediales & reales decimae possint praescribi?

XXXIX. Quonam tempore Ecclesia contra Ecclesiam praescribat ius decimarum?

XL. An ea, quae sunt de reseruatis principis, praescribantur?

XLI. An superueniens mala fides interrumpat mobilium vsucapionem?

XLII. An completa vsucapione si mala fides superueniat res vsucapta in foro conscientiae restitui debeat?

XLIII. An dubitans sit bonae fidei possessor?

XLIV. An dubitans possit vsucapere?

XLV. An mala fides praesumatur?

XLVI. An extraiudicialis denunciatio malam fidem inducat?

XLVII. Ex quibusnam causis mala fides praesumatur?

XLVIII. An vsucapio omni Iuri & aequitati sit consentanea?

XLIX. An iudex ex officio etiamsi pars non petat super praescriptione possit cognoscere?

L. An per vsucapionem plenum & absolutum acquiratur dominium?

LI. An dominium vsucapione quaesitum possit à principe auferri?

VOLV-



VOLVMINIS POSTERIORIS DISPVTATIONIS VIGESIMÆ SECVNDÆ.

De Vſucapionibus & præſcriptionibus.

Reſolutio.

THESIS I.

Lit. A.  *Sucapionem* à capiendo & vſu dictum eſſe, dubitandum nullo modo videtur: Et ſic A. Gellius *lib.7. N. A. Attic. cap.10.* hac de re ſcribit: Sicut pignoris capio dicitur à capiendo & à pignore, ita dicitur vſucapio quia res capitur vſu: Ab effectu ſc. eius hæc deducitur deriuatio, quoniam vſucapione res capitur vſu, id eſt, poſſeſſione vt hoc ex ſequentibus dilucidius pateſcet Franciſ. Hotom. *ad pr. l. de vſucap. enunc.2.* Franc. Duaren. *de vſucap. c.1.* Alciat. *ad l.115. ff. de verb. ſignificat.*

Lit. B.

Quæ. 1. An vſucapio recte definiatur à Modeſtino in l.3. ff. de vſucap. ?

Definitur porro vſucapio *Adiectio vel adquiſitio dominii per continuationem poſſeſſionis, temporis definiti.* Ita quippe Modeſtinus eam definit *in l.3. ff. de vſurpat. & vſucap.* Verum in multas difficultates atque Interpretum reprehenſiones hæc definitio incidit.

1. Nam primo male videtur vſucapio definiri per adiectionem vel acquiſitionem dominii propterea, quod adiectio vel acquiſitio dominii ſit effectus vſucapionis: Nihil autem recte per ſuum effectum definiatur, cum cauſatum à cauſa differat, nec ſit pars quædam ſubſtantialis cauſæ: Et quia effectus rem ipſam ſiue cauſam minime demonſtrat reali quadam demonſtratione, quæ omnino neceſſaria eſt ad congruam & perfectam definitionem, idcirco dicendum eſt omnem definitionem quæ ſit per effectum, vitioſam eſſe. Hinc & Bartolus definitionem appellationis à nonnullis traditam, *quod ſit prioris ſententiæ reſciſſio*, eodem ex fundamento improbat & reiicit quod reſciſſio effectus ſit appellationis.

2. Obſtare deinceps & illud vſucapionis definitioni videtur quod *adeptio* potius eſt & *acquiſitio dominii*, quam *adiectio*: Vnde & Vlpianus *in fragm. tit. 19.* vſucapionem non per *adiectionem*, ſed per *adeptionem* definiuit; Et vulgati Codices omnes habent *acquiſitio*.

3. Opponitur præterea definitioni Modeſtini & illud quod etſi iure veteri recte dicta fuerit vſucapio *adiectio* pro-

 ptcrea

quatenus, mediante illa, vsucapiens dominium adipiscitur sibique acquirit. Æmyl. Ferret. *in rubrica. tit. Dig. de vsucap num. 14. Duaren. de vsurp. & vsucap. c. 1.* Donell. *5. com. 5.* Nec quicquam in contrarium monet quod Vlpianus per adeptionem definire maluit vsucapionem; Nam vtrumque recte de vsucapione prædicari iam modo demonstratum est, vnde in libero eius arbitrio fuit, anne per adeptionem, an vero adiectionem definire voluerit vsucapionem.

Ad Tertium quoque argumentum expedita est responsio: Nã falsum est, quod ceu confessum & certum præsupponitur, vsucapionẽ hoc sensu à veteribus ICtis appellatã fuisse *adiectionem* quod dominio iuris gentium, per traditionem acquisitum, adiecerit dominium ciuile, seu quiritarium; sed potius idcirco adiectio iam olim dicta fuit, quia possessioni ciuili adiecerit dominium, vel quod eodem redit, dominium possidenti adiecerit: Quod cum vsucapio etiamnum hodie faciat merito dicetur *adiectio*.

Ad Quartum argumentum respondet Cuiacius vnam tantum esse causam proximam vsucapionis, nempe possessionem: Possessionis vero illius rursus varias & multiplices esse causas ac titulos: Ita vt possessionis quidem plures sint causæ, vsucapionis vero non nisi vna & dominii non nisi vnus titulus.

Ad Quintum argumentum respondet Æmylius Ferrettus, bonam fidem & titulum esse qualitates & accedere à quædam, sine quibus substantia rei intelligi ac percipi possit. Nec sane omnia requisita rei necessaria, nec omnes qualitates in definitione exprimi oportet, sed sufficit definitionem rei definitæ partibus essentialibus constare.

Ad Sextum argumentum respondetur illud in meris coniecturis consistere ac proinde qua facilitate adstruitur eadem rursus destruitur.

His proinde obstaculis remotis, relinquitur salua & integra Modest. definitio. Quæst. 2. *Ad vsucapionẽ quænam & qualis possessio requiratur?*

Cum supra in definitione Modestini mentio possessionis facta fuerit, nõ immerito, nec frustra quæritur quænam & qualis possessio ad vsucapionem sit necessaria, ciuilisne requiratur, an sufficiat naturalis.

Ciuilem desiderari his argumentis euincitur.

1. Is qui rem aliquam vsucapit, animum habere debet rem illam sibi iure dominii habendi, seu, quod idem est, debet possidere animo domini atq; existimare se esse dominum rei possessæ *pr. & §. 1. I. de vsucap.* At vero qui naturaliter tantum possidet non habet animum & affectionem domini, nec rem possidet, ita vt existimat se eius esse dominum; proinde qui duntaxat naturaliter possidet, non potest vsucapere.

2. Facit huc textus elegans & expressus *in §. 4. I. per quas person. nob. acq.* vbi vsufructuarius negatur posse vsucapere, quia non possideat: quod de ciuili possessione proculdubio accipiendum est cum alias fructuarius naturaliter possideat *l. 12. ff. de acquir. possess.*

Non repugnat huic sententiæ quod cum absens dominus, cuius res vsucapitur, non desinat possidere ciuiliter, sed animo domini eam retineat, etiamsi alius bona fide eiusdem rei possessionem sit ingressus *l. 3. §. in amittenda. l. Clam. §. qui ad nundinas. ff. de acquir. poss.* non possit vsucapiens ciuiliter possidere, quia alias duo rem eandem ciuiliter in solidum possiderent, quod fieri posse negat ICtus *in l. 3. § 5 ff de acquir. poss.*

Resp. Hoc, inquam, non obstat: Quandiu enim absens dominus rei suæ possessionem retinet, non potest alius eã possidere ciuiliter, nec etiam vsucapere: Variis tamẽ modis accidit vt dominus, qui à re sua discessit etiam non animo dimittendæ possessionis, tamen possessione

sua cadat eaq; alteri acquiratur *l. 37. §. 1. ff. de usurpat. & usucap.* Quo facto, qui tunc nactus est ciuilem possessionem vsucapere non potest.

Similiter non obstat q; penes vxorem & virum ex re constante matrimonio, donata naturalis tantum possessio sit, *l. 1. §. deiicitur. ff. de vi & vi armata.* talis autem possessio ad vsucapionẽ sufficiat *l. sed etiã si constante. 25. ff. de donat. inter vir. & vxor.*

Ad hoc siquidem argumentum bene respondet Gilckenius, maritum & vxorem, quo casu res donatas vsucapiunt, non tantum naturaliter possidere, sed etiam ciuiliter: Siquidem non omnis donatio inter virum & vxorem prohibita est *l. 5. §. si concessa. & §. proinde. §. Maritus. l. 7. §. si vir & vxor. l. 13. l. 15. l. 17. ff. de donat. inter vir. & vxor.* Proinde si tali casu, quo donatio permissa est res aliena donatur à marito possideri eam ciuiliter & vsucapi posse. Ad *d. l. 1 §. deiicitur.* respondetur eã de eo casu exaudiendam, quo donatio inter virum & vxorem fieri non potuit: Ea siquidem res naturaliter possidetur & non ciuiliter.

Ad hæc non obstat quod vsufructuarius potest vsucapere *l. fin. C. de præscript. longi tempor.* Vsusfructuarius autem possideat tantum naturaliter *l. 12. ff. de acquir. poss.* Nam vsufructuarius non dicitur *in d. l. final.* rem ipsam fructuariam, seu proprietatem vsucapere, quam à Iustiniano Imperatore negetur diserte vsucapere posse, sed ius saltem vsusfructus dicitur vsucapere, quoniam ius istud non saltem naturaliter, sed etiam ciuiliter possidet. At *in d. l. 13.* negatur vsufructuarius possidere, scilicet rem ipsam fructuariam & proprietatem. Insuper non aduersatur superiori sententiæ quod cum dominium rerum ex sola naturali possessione cœperit, ideirco hodie etiam ex eadem naturali possessione acquiratur.

Quod enim dominium dicitur ex naturali possessione cœpisse, d solum spectare ad illas res quæ antea nullius fuerunt, prout exemplis ibidem declarat ICtus & vberius explicat Donellus *4 comment. 19.*

Postremo non impedit quod creditor, qui naturaliter possidet *l. 13. de vsurp. & vsucap.* contra alium creditorem præscribat ius prælationis 30. annorum possessione *l. Cum notissimi. §. eodem iure. C. de præscript. 30. annor.*

Nam creditor possidet naturaliter non ius quod *in d. l. Notissimi* præscribi dicitur, sed rem ipsam oppignoratam, de qua *d. l. 13.* aperte est concepta.

Vsucapionem porro à præscriptione olim diuersissimam fuisse dubium penitus nullum est: Et quidem triplicem vtriusq; differentiã hoc loco notat Treutlerus noster. Prima quæ desumitur est ex rebus possessis: Vsucapio erat corporaliũ duntaxat *l. 25. ff. de vsurpat. & vsucap l. 43. ff. de acq. rer. domin.* mobilium quidem omnium, immobilium vero non omniũ, sed Italicarum tantum: Res enim prouinciales vsucapi non poterant. *pr. I. de vsurpat. & vsuca.* Præscriptio autem erat rerum immobilium & quidem prouincialium duntaxat, h. e. earum quæ in prouinciis erant & prædia stipendiaria vel tributaria & res nec mancipi dicebãtur, vt & rerum incorporalium. Cur autem res prouinciales immobiles vsucapi non potuerint, mobiles vero potuerint, ratio hæc est, quod rerum prouincialium immobilium dominium proprie erat Reipublicæ & prouincialibus tantum erat vsus earum ac fructus concessus: Res autem mobiles prouinciales in singulorum fuerint dominio. Hubert. Giphan. ad *l. 1. C. de vsucap. transform.* *Quæst. 5. Quænam sint fuerint differentiæ inter vsucapionem & præscriptionem?*

Secunda differentia vsucapionis & præscriptionis fuit in tempore acquirendi: Mobilia enim, siue in Italia, siue in prouinciis vno anno continuo acquirebantur *pr. Inst. de vsucap. l. 31. §. 1. Digest eod.* Immobilia vero. Italica siue mancipi biennio

biennio vsucapiebantur *d.l. vnic. Cod. de vsucap. transform.* Vlpianus *tit. 19. in fragment.* Præscriptio autem longo tempore 10. vel 20. annis absoluebatur *l. 9. de præscript. long. temp. l. 10. ff. si seruit. vindic. l. 28. ff. de seruitut. vrban.*

Tertia differentia erat in effectu: Nam longi temporis præscriptione non acquirebatur dominium rei possessæ & præscriptæ, sed exceptio duntaxat qua quis rem possessam contra dominum defendebat; actio vero, qua rem à domino vel alio possessam vindicaret, ex possessione longi temporis non nascebatur. Ex vsucapione vero dominium acquirebatur *l 3 Digest. de vsurpat. & vsucap. l. 20. C. de pact.*

Quarta differentia hæc est quod vsucapio iure veteri interrumpitur litis cõtestatione *l. 2. §. vlt. Digest. pro emptor. l. 18. Digest. de Rei vindicat. l. 9. §. 4. Digest. ad exhibend.* Præscriptio autem longi temporis non interrumpitur litis contestatione l. *Nec bona*, 10. *Cod. de long. tempor. præscript.*

Quæ. 4. *An adhuc hodie vsucapio differat a præscriptione?*

Hæ inquam olim erant differentiæ vsucapionis & longi temporis præscriptionis: Veruntamen anne hodie omnes hæ differentiæ ita sublatæ sint vt vsucapio sit longi temporis præscriptio & viceuersa longi temporis præscriptio sit vsucapio, quæritur? Negandum hoc prima fronte videbatur propterea quod in codice extant distincti tituli, vnus de vsucapione transformanda, alter de præscriptione longi temporis, qui haut obscure innuere videntur quod adhuc hodie vsucapio à longi temporis præscriptione sit diuersa.

2. Accedit huic quod *in tit. I. de vsucap* hæc eadem à se inuicem aperte distinguuntur, dum titulus iste ita inscribitur à Iustiniano: *De vsucapionibus & longi temporis præscriptionibus.*

Cæterum quod Iustinia[illegible] omnem, quæ olim inter [illegible] ptionem fuit, sustulerit differentiam, aperte ostendit constitutio eius, quæ extat *in l. vnic. Cod. de vsucapione transform.*

Nec in contrarium mouet quod primo dicebatur de vsucapione & longi temporis præscriptione diuersos in iure nostro titulos extare: Ad hoc enim respondit Donellus *5. commun. 4.* Hoc exinde fieri quia titulus ille de longi temporis præscriptione ante legem istam *vnic. Cod. de vsucap. transform.* Codici fuerit insertus, adeoque *d. l. vnica.* quia vna est ex quinquaginta decisionibus & constitutionibus nouis ad veteris iuris emendationem comparatis, titulus iste de longi temporis præscriptionibus sublatus & emendatus fuit. Cognitionem tamen illius Imperator etiam post istam reformationem *d. l. vnic.* extare voluit, quo sciretur quid noua sua constitutione emendarit, quidque noui constituerit.

Sic etiam alterum argumentum ex rubrica tituli *Institutionib. de vsucapionibus & longi temporis præscript.* desumptum non difficilis est solutionis: Particula enim *Et* idem illic significat quod *vel* quasi Iustinianus in ea rubrica scripsisset *de vsucapionibus seu longi temporis præscriptionibus.*

Hugo Donellus *d. cap. 4.* ideo inquit Iustinianus post nouam suam constitutionem *d. l. vnic.* istam retinuisse inscriptionem, quia Imperator sustulerit præscriptionem longi temporis, sed seruatam auxerit, addita præscriptioni vsucapione in prædiis prouincialibus. Deinde quia voluerit intelligi quid ipse in vsucapione innouasset, & quomodo vsucapionem transformasset, quandoquidem in institutionibus complexus est summam eius cõstitutionis, quæ *in d. l. vnic. extat.*

Quocirca constat Iustinianum Imperatorem differentias, quæ olim inter vsu-

l.3.& l.9.ff.de diuers.temp.præscript. Nam ibi ICtus ait rescriptis Imperatoris Antonini caueri vt præscriptioni longi temporis sit locus in rebus mobilibus. Et quanquam Iacobus Cuiacius *in paratitl. eod in quibus caus. cessat. in d.l.9.* pro verbo *mobilibus* legat *Soli* non tamen hæc emendatio recipienda est, quia non opus fuisset rescripto, cum propter res soli maxime sit inducta possessio, Hubert. Giphan. *ad l. vnic. Codic. de vsucap. transform.*

Nihil autem pro Azonis & Schnedewini sententia facit quod multis in locis legitur præscriptionem longi temporis nominari solum in rebus immobilibus, non solum *sub titulo Codic. de Præscript. long.temp.sed etiam in l.et à quo ff.de vsurpat. & vsucap.l.qui alienam.pr. ff.de euict. & passim.* Verum siquidem est quod longi temporis præscriptio locum habuerit olim in rebus immobilibus, sed exinde non sequitur quod vsucapio rerum immobilium non sit, cum vnius inclusio non protenus sit alterius exclusio: Et insuper supra perspicue demonstratum fuit quod vsucapio & olim fuerit rerum immobilium, & hodie etiamnum in rebus immobilibus æque atque mobilibus esse possit.

Non etiam quicquam isti opinioni patrocinatur *l.2. Cod. in quibus caus. cessat long.tempor.prascr.* vbi traditur in rebus mobilibus vsucapionem locum habere ex quo concluduat in rebus duntaxat mobilibus consistere vsucapionem.

Sed male sic colligitur: Nam vsucapionem esse rerum mobilium, id quod ibi dicitur, verissimum est, nec quisquam est qui negare possit: sed exinde neutiquam sequitur vsucapionem duntaxat in rebus mobilibus locum habere, non etiam in rebus immobilibus.

Ex his proinde patet differentiam primam quæ olim inter præscriptionem & vsucapionem ratione subiecti constituebatur, penitus esse sublatam nec aliam de nouo inter eas constitutam fuisse.

Quod ad alteram differentiam attinet, quæ ex tempore desumebatur, itidem noua Iustiniani constitutione *in d.L vnic.* sublata est, prout etiam aperte edocet Imperator *in pr. ff. de vsucap.* sicut enim longi temporis præscriptio erat annorum 10. & 20. Ita hodie vsucapio rerum immobilium est inter præsentes 10. inter absentes 20. annorum.

Tertia quoque differentia, ex effectu desumpta, hodie cessat cum plenum dominium & vsucapione & præscriptione acquiratur. Quod etsi in dubium à nonnullis reuocetur, verissimum tamen esse *infr.sub thes.7.lit.B* ostendam.

Quarta differentia dubii nonnihil habere videtur: Nam non parum controuertitur de hoc vtrum litis contestatione vsucapio & præscriptio vere & efficaciter interrumpatur? Quæst. 6. *Anne vsucapio per litis contestationem interrumpatur?*

Et pro affirmatiua sententia, quod nempe vsucapio simul & præscriptio interrumpantur per litis contestationem facit primo *l.Nemo.C.de acquir.& retinen. poss.* vbi diserte scriptum est, interpellatione & controuersia progressa, non posse intelligi eum possessorem, qui litis contestatione cœperit super iure possessionis facillare.

2. Quo pertinet etiam *l.2. C. de annal. except.* vbi interrumpitur plenissime possessio sola libelli oblatione, & hoc quidem in omni præscriptione, siue biennii, siue longi temporis, siue triginta vel quadraginta annorum sit.

3. Denique aperti est iuris quod per ciuilem interpellationem vsucapio sine effectu constituatur, ita vt perinde habeatur ac si completa non fuisset.

4. In eandem sententiam est textus *in l.Mora 26.Digest. de Rei vindicat.* vbi ita Imperatores rescribunt: *Mora litis causa possessionis non instruunt ad iudicandam lon-*

LLL ge pos-

ga possessionis præscriptionem quæ post litem contestatam in præteritum æstimatur.

Verum enim vero contraria opinio longe est verior, quod nempe per litis contestationem vsucapio non propriè interpelletur, & hisce rationibus confirmetur.

1. Opinionem hanc non obscure confirmare videtur quod ille cum quo lis est contestata rem adhuc detineat animo sibi habendi & retinendi iure dominii, ex quo satis liquet quod vsucapio nondum fuerit per litis contestationem interrupta: quia credit etiamnum se esse dominum eoque animo rem habet detinetque eandemque ob causam aduersario non cedit, sed iudicio cum eo experitur.

2. Accedit quod possessio etiam solo animo retineatur §. *possidere L. d. interdict.* is vero cum quo lis est contestata, vt dictum est, animum habet rem retinendi.

3. Idem etiam colligitur ex effectu veræ interruptionis, qui hic est vt is cui antea vsucapio currebat, ei desinat currere *l. 2. Digest. de vsucap.* Iam vero is, qui iudicialiter & interpellatus pergit nihilominus vsucapere & vsucapionem etiam absoluit exindeque dominium sibi acquirit, ista interpellatione plane non obstanse *l. si post. ff. de Rei vindicat. l. 2. §. final. pro emptor. l. 10. ibi. longi temporis præscriptio post moram litis contestata completa proficit. C. de longi temp. præscript.*

4. Et hæc eadem sententia maxime confirmatur *l. 5. Digest. de vsurpat. & vsuc.* vbi quanam ratione vsurpatio fiat ostendit ICtus his verbis: Naturaliter (id est reuera & eo modo, quo natura postulat) interrumpitur possessio, cum quis de possessione vi deiicitur, vel alicui res eripitur. Quod si alius præterea esset modus ciuilis interrumpendi vsucapionem, sine dubio ICtus cum silentio non præteriisset, cum *in d. l. 5. & tot. tit. Digest. de vsurpat.* ipsi propositum fuerit de modo vsurpandi & interrumpendi possessionem ex professo tractare. Insuper nec in illa *l. 5.* nec in toto isto titulo vllo verbulo alius, quam naturalis interruptionis meminit ICtus.

Proinde his ita consideratis, non amplius difficilis erit ad contraria argumenta responsio.

Ad primum enim respondetur verum quidem esse quod in ea *l. 5.* dicitur, eum possessorem non intelligi qui litis contestatione cœperit super iure possessionis vacillare, sententiæ tamen posteriori idcirco non aduersari quia hoc solum vult & intendit Imperator, quod etsi reuera possessio post litem contestatam duret, adeoque vsucapio non vsurpetur; non tamen intelligi possessorem ratione videlicet effectus plenissimi vsucapionis, qui in hoc consistit vt res vsucapta plenissimo iure ac quasi irreuocabiliter acquiratur possidenti: Ratione enim huius effectus recte negatur possessio & vsucapio locum habere. Etsi enim, prout supra ostendimus, etiam iudicialiter interpellatus vsucapiat. Completa tamen vsucapione cogitur rem priori domino restituere *l. si post. Digest. de Rei vindicat. L. Mora. 16. Cod. de Rei vindicat. l. 1. 2. & 10. Cod. de longi temp. præscript.* Et hoc, siquidem condemnatus fuerit possessor; alioquin si absolutus fuerit, etiam adhoc ei non officit interpellatio aduersarii vt possit rem vsucaptam retinere contra quemcunque alium petitorem, præterquam dominum.

Ad secundum argumentum *ex l. 2. Cod. de annal. except.* respondetur ab imperatore admodum notanter subiici, hoc, quod ibi constituerat, ita esse vt tamen omnia alia, quæ de longi temporis præscriptione vel 30. vel 40. annorum

annorum constituta sunt, siue ab antiquis legum conditoribus, siue ab Imperatoria Maiestate in suo robore durare debeant: Iam vero antiquis legibus constitutum fuit quod iudiciali interpellatione vsucapio non interrumpatur, nisi quoad plenissimum effectum, prout paulo supra diximus.

Ad postremum argumentum responsio est non difficilis: Videlicet id, quod dicitur ciuili interpellatione vsucapionem sine effectu constitui, non simpliciter verum esse: Ex prædictis siquidem satis intelligitur quod vsucapio & eo casu suum sortiatur effectum.

RESOLVTIO THESIS *Secunda.*

DE his, qui vsucapere possunt vel nõ possunt, dicendum nunc est. Et regula verissima est quod qui possidere non possunt, illi nec vsucapere queant. Ratio huius regulæ hæc est quod vsucapio seu præscriptio sine possessione non procedat *l.fine 25.Digest.de vsurpat.& vsucap.* vbi Licinius Rufinus *sine possessione*, inquit, *vsucapio contingere non potest.* Hinc bene deducitur vulgare istud Dd. axioma, *tantum intelligi præscriptum, quantum fuerit possessum.* Quod ipsum expresse quoque confirmatur *l.Non modus.Cod.de seruitut.* vbi fuit seruitus aquæ ducendæ concessa pro certis prædiis, licet postea prædia fuerint aucta non tamen augetur modus aquæ ducendæ. Idemque comprobat etiam *l.1.§. Trebatius. Digest.de aqua quotid. & æstiua*, vbi si pro certo numero pecoris fuit concessa seruitus pecoris ad aquam appulsus, à domino fundi seruientis prohiberi potest ne amplior numerus pecoris ad aquam appellatur: Hinc Sneidewin. *de seruit.rustic.prædior.n.31.* si nobilis, inquit, per legitimum tempus ad præscriptionem requisitum pavit 1000. Oues in alieno fundo & non vltra, licet postea crescat & augeatur numerus ouium, non tamen seruitutem augeri, nec vltra istum numerum 1000. ouium plures ibi oues pascere licere. Etenim possessio & præscriptio certos seruituti limites constituit, quos nunquam excedit: Atque ita etiam pronunciari solere notat Sneidewin. *d.loco.* Iureq; Saxonico idipsum expresse cautum est. weichbildt *rubr.* wie eine Schäfferey möge getheilet werden. Quin & ista regula à veritate minime abhorret quod qui possidere possunt illi quoque possint vsucapere: conuertibilia siquidem hæc sunt, possessio & vsucapio: ita vt qui vsucapere potest ille possit quoque possidere, & vice versa qui possidere potest idem quoque vsucapere valeat.

Hinc filiusfam, quia possidere prohibetur, vsucapere potest *l.4.§ 1 ff de vsurpat. & vsucap. vsucapere scilicet potest paterfam.filiusfam.& maxime miles in castris acquisitum vsucapiet*, inquit ibi Paulus. *Lit.B.& C.*

Proinde si filiofam. aliquid occasione & contemplatione militiæ, vel etiam in ipsa militia à non domino fuerit datum, longi temporis possessione sibi acquirit suumque proprium facit.

Quin & aduentitia, in quibus nudam proprietatem habet, filiusf. vsucapere posse hodie dubitandum non est: Equidem olim non poterat filiusfam. aduentitia vsucapere, quia illa pleno iure, id est, quoad proprietatem & vsum acquirebantur patri: *pr.I.per quas person nob. acquir.* vnde etiam Iacobus Cuiacius in comment.ad *d.l.*4.§. 1. suspicatur particulam, *maxime*, (quæ innuit castrensia bona in primis quidem ac præcipue præscribi & vsucapi à filio, sed non sola,

verum præter castrensia etiam aduentitia vsucapi) à Triboniano adiectam fuisse. Veruntamen, vtut sit, hodie aduentitia bona æque atque castrensia à filiof.m. vsucapi possunt, quia eorum proprietas non amplius patri acquiritur, sed ad filiumf. pertinet. *d. pr. per quas person. nob. acquir. & l. 6. C. de bon. quæ lib.*

Lit. D. De pupillo ita scribit Paulus *in d. l. 4. §. 2. Pupillus si tutore authore cœperit possidere vsucapit: si non tutore authore possideat, & animum possidendi habeat, dicemus posse eum vsucapere.*

Equidem pupillus cuiuscunque tandem sit ætatis, & licet infans sit, vsucapere potest tutore auctore: possidere quippe infans potest authoritate tutoris, cur ergo vsucapere non posset? *l. quamuis 32. ff. de acquir. vel amittend. poss.* & *in disp. præcedent.* satis ea de re dictum fuit.

Pupillus qui infantiæ proximus est, pubertati multo magis, tutore authore, poterit vsucapere quia indubitate possessionem acquirere potest: Quinimo etiam sine tutoris authoritate ipsum posse acquirere possessionem & vsucapere, dubitandum non est, cum eius iam sit ætatis vt animum & affectum, qui ad possessionem & vsucapionem requiritur, habeat, & alias sine tutoris authoritate omne id facere possit vnde conditionem suam indubitate reddit meliorem text. *in tit. I. de auctor. tutor.* Sed de pupillo quatenus cum tutore vel sine eo possessionem acquirat & consequenter, vsucapiat, quantum satis est d. sferui.

Quæ. 7. *An furiosus quod ante furorem possidere cæpit, durante furore vsucapiat?*

De furioso, quod in ipso furore possessionem acquirere exindeque incipere vsucapionem nequeat expeditum est: deficit quippe in ipso animus, affectio & intellectus, qui ad possessionem acquirendam inprimis necessarius est *l. 3. §. 1. Digest. de acquir. vel amitt. possess.* Sed quid, si ante furorem aliquid possidere cœperit, numquid illud, durante furore, vsucapiet? Affirmat hoc Author noster, & confirmat idipsum Paulus *in d. l. 4. §. 3.* his verbis: *Furiosus, quod ante furorem possidere cœpit, vsucapit; sed hæc persona ita demum vsucapere potest, si ex ea causa possideat, ex qua vsucapio sequitur.*

Videbatur equidem hoc diserte negandum, cum in vsucapionibus & possessionibus animus & intellectus desideretur *d. l. 3. §. 1.* & non solum in initio vsucapionis & in possessione acquirenda, sed etiam in vsucapionis progressu inq; possessione retinenda; cum ad possessionem retinendam opus sit animus vti in propatulo est & nos vbertim ad præcedentem disput. notauimus.

Veruntamen notanda est, pro dubii huius resolutione, restrictio, quam subiicit Paulus *in versic. sed hæc persona.* vbi clare significat quod furiosus non possit indistincte in furore vsucapere quod ante furorem possidere & vsucapere cœpit; sed ita demum *si ex ea causa possideat, ex qua vsucapio sequutur*, quod Cuiacius *de causa peculiari* interpretatur; Ex hac autem ideo furiosum vsucapere posse dicit, quia ex ea etiam ignorantes vsucapiunt *l. si emptam ff. de vsurpat. & vsucap.* idque iure singulari receptum esse ait *l. peregre §. quæsitum. ff. de acquir. vel amitt. possess.*

Seruum non posse vsucapere pro regula traditum est *in l. 118. de Reg. Iur.* vbi ita scribitur: *qui in seruitute est, vsucapere non potest: Nam cum possideatur, possidere non videtur.* Dominum tamen per seruum vsucapere dubium nullum est, idque etiam vsque adeo verum est vt dominus ignorans per seruum vsucapere possit ex causa peculiari, quia ex eadem causa potest etiam possidere: textus apertus *in l. 44. §. 1. ff. de acquir. vel amittend. possess.* cuius verba ita habent: *Quæsitum est cur ex peculii causa per seruum ignorantibus possessio quæreretur, dixi vtilitatis causa iure singulari* Lit. E.

gulari:

sulari receptum, ne cogerentur domini per momenta species & causas peculiorum inquirere: Nec tamen eo pertinere speciem istam vt animo videatur acquiri possessio. Nam si non ex causa peculiari quæratur aliquid, scientiam quidem domini esse necessariam, sed corpore serui quæri possessionem.

Et *in l.44.§.final.ff.de vsurpat.& vsucap.* hæc in verba Papinianus scribit: *Si cum apud hostes pater aut dominus agat, seruus aut filius emat, an & tenere incipiat? siquidem ex causa peculii possedit vsucapionem inchoari: Nec impedimento domini captiuitatem esse, cuius scientia non est in ciuitate necessaria: Si vero non ex causa peculii comparetur: vsu non capi, nec iure postliminii quæsitum intelligi, cum prius esset, vt quod vsucaptum diceretur, possessum foret: sin autem pater ibi decesserit, quia tempora captiuitatis ex die, quo capitur, morti iungerentur, pote st filius dici & possedisse sibi & vsucepisse intelligi.*

Lit.E.& F. Et tantum de personis quæ vsucupere possunt: De rebus hæc tenenda est regula: Omnes res, cuiuscunque fuerint generis, siue corporales, siue incorporales & siue mobiles vsucapi posse: Olim quidem secus erat, vt supra demonstratum est: Res siquidem incorporales, vt & immobiles prouinciales non vsucapiebantur, verum Iustiniani constitutione hoc immutatum est, ita vt quæuis res, prout dixi, nunc vsucapiantur *l.vnic. Cod.de vsucap.transform.pr.I.de vsucap.*

Quæst. 8. *An nomina longißimo tempore præscribantur?*

Hinc nomina siue debita vsucapi & præscriptione extingui certum est, & quidem ita extingui vt debitor, omnino sit tutus. Hinc si creditor intra 30. annos debitum non petierit post illud tempus debitum exigens præscriptionis exceptione remoueatur: Idque ideo quod qui tempore liberatur ei sit similis qui satisfecit prout inquit Paulus *in l. si pupillus ff.de admin.tutor.* Et ita in Scabinatu Lipsensi responsum fuisse refert Daniel Mollerus *lib.3.semestr.c.18.* Et ita quoque iudicatum fuisse in Parlam. Delphin. Galliæ scribit Guido Papæ *q.199.* Quod tamen verum est ita si in mala fide non sit constitutus debitor: Quanquam enim in præscriptione longissimi temporis iure ciuili non desideretur bona fides *l.3.& 4.C.de prescript.longiss.temp.30.vel 40. annor.* in hoc tamen puncto ius ciuile per canonicum correctum est. *cap.fin. extr.de præscriptionib.* iuraque canonica in præscriptionis materia obseruantur Andr. Gail. *2. obseruat. 18. n.10.* Moller.*d.c.18.n.3.* Quod ita tamen verum est vt sola scientia debiti malam fidem non inducat, nec præscriptionem impediat, sed positiua mala fides debitoris, vt quia cælat debitum, vel contin⁹ a gratia creditoris expressam vel tac tam recognitionem implicans.

Quæst. 9. *An præscriptione liberato debitore, etiam fideiussores eius liberentur?*

Quod vsque adeo verum esse ait noster author vt & fideiussores liberentur, præscriptione, si videlicet intra longissimum tempus creditor neque à principali debitore, neque ab ipsis fideiussoribus debitum petierit vel exegerit. Anton.Hering. *tract.de fideiussorib.c.27.part.4.num.44.* Wesenbec.*in paratitl.de vsucap.n.14.& Consil.14.num.84.* Franc. *de fidei.c.3.n.31.* Moller.*d.c.18.* Et ratio huius est perspicua, quod scilicet liberato principali debitore fideiussores etiam liberentur, & exceptio quæ prodest debitori principali, eadem quoque prosit fideiussoribus *l.7.§.1.ff.de Except.* vbi Paulus scribit: *Rei autem cohærentes exceptiones etiam fideiussoribus competunt vt rei iudicatæ, doli mali, iurisiurandi, quod metus causa factum est &c.* Et Vlpianus *in l.43.Digest.de solut.*... *omnibus*, inquit, *speciebus liberationum etiam accessiones liberantur, puta fideiussores, hypotheca, pignora &c.* Iam vero exceptionem præscriptionis non personæ, sed rei cohærere cum obligationem concernat & solutioni æquiparetur, certum est Hering. *d.part.4.n.44.& seq.*

Nec huic sententiæ quicquam obstat quod præscriptio & vsucapio naturalem obligationem non extinguunt, quia alias exceptio non daretur *argum. pr. de except.* vnde dicendum videbatur quod fideiussor adhuc obligatus maneat. Nam considerandum est quod Author noster nequaquam velit per vsucapionem nomina & obligationes ipso iure extingui & fideiussores, vna cum principali, ipso iure liberari: sed exceptionem ex præscriptione competere velit, quæ à principali aut fideiussore eius opposita tollit demum ciuilem pariter & naturalem obligationem. Quin imo ipsa exceptio præscriptionis arguit debitorem non amplius naturaliter obligari: Tunc enim exceptio dari solet, quando æquum non est debitorem conueniri *pr. & §. seqq. I. de except.*

Amplius vsque adeo fideiussoribus vsucapio & præscriptio debiti prodest, vt licet in genere omnibus suis beneficiis, vel omnibus iuris remediis & exceptionibus renunciassent, tamen tuti essent Donell. Moller. *d. c 18.*

Et ratio huius est ista quod qui præscriptione longissimi temporis tutus est pro eo habeatur, ac si soluisset *d. l. si pupillus ff. de admin. tutor.* Hinc etiam decidit Mollerus quod etsi Augusti Electoris Saxoniæ constitutio prouincialis von versiegelten Brieff vnd Sigeln/ generalis sit, atque in executione liquidorum instrumentorum nullam aliam quam solutionis exceptionis solutionem admittat, non tamen censeri exclusum præscriptionis exceptionem, vt quæ comparetur exceptioni solutionis *per d. l. si pupillus. ff. de admin. tutor.*

Exemplum aliud præscriptionis iurium sine rerum incorporalium adducit noster Author in præstationibus annuis in bona moneta vel frumẽto bono soluendis, si enim vniformiter per triginta annos in viliori moneta vel frumento solutæ sint, indistinctè præscriptæ censentur vt nimirum non teneatur debitor eas post lapsum tanti temporis in futurum in meliori, quam hactenus exsoluere. Cautum hoc est expresse constitutione Electoris Augusti *part. 2. const. 3.* Quod ipsum quoque iuri communi per omnia est consentaneum & perspicue fundatum *in cap. 20. extr.* de censibus vbi dicitur soluendos esse census in antiqua moneta in qua instituti sint, nisi sit in alterius monetæ solutione præscriptum. Daniel Mollerus *in comm. ad d. constit. 3.*

Aliud exemplum adducit Treulerus noster ex *constit. 4. part. 2.* vbi sancitur quod rustici vbi vltra 30. annos, annum & diem loco operarum vel seruitiorum certam quantitatem pecuniæ soluerunt, contra seruitia præscripserint: verba constitutionis hæc sunt: Vnsere verordnete seynd dessen einig / wann die Bawern durch rechtliche Verjährung oder dreyssig Jahr / Jahr vnd Tag / an stadt jhrer Dienste / ein Dienstgeld oder anders gleichförmig / ohne Vermehrung oder Verminderung gegeben / vnd man die Dienste von jhnen haben wolte / sie aber solches zu thun sich wegerten / daß sie bey dem Dienst Gelde vnd præscribirter Gerechtigkeit / wo sonst keine andere Verträge verhanden / bleiben vnd gelassen werden sollen.

Also auch dagegen / da die Bawern nach solcher Zeit das Dienstgeldt nicht mehr geben / sondern die Dienste viel lieber thun wolten / so sey jhre Herrschafft auch solches anzunehmen nicht schuldig. Hetten aber in solcher Zeit die Bawern neben dem Dienstgelde / etliche Dienste vber dreyssig Jahr / Jahr vnd Tag gethan / so were sie dieselbe hinführo gleichfalls neben dem Gelde zuthun pflichtig / welches wir vns dann gefallen lassen. Wann aber das Dienstgelt innerhalb dreyssig Jahren / Jahres vnd Tages / nit vnifor-

vniformiter gegeben / sondern biß weilen verminderet vnd vermehret / vnd auff etliche Jahr gerichtet / So wollen wir / daß in solchem Fall auff die Interruption gesprochen / vnnd die Bawern dardurch der Dienste nicht entlediget oder gefreyet seyn sollen: entenția constitutionis hæc est, quam etiam Mollerus ibidem teddit, quod si rustici loco operarum, quas dominis præstare olim tenebantur, certam quantitatem pecuniæ aut quid aliud per annos triginta, annum & diem vniformiter soluerent, non ipsi tantum aduersus exactionum operarum, præscriptionis exceptione in posterum tuti sint, nisi forte exceptionem hanc teplicatione pacti aut transactionis domini elidant; sed dominis quoque hoc ius quæsitum sit vt annuam illam pensionem rustici deinceps etiam illis soluere teneantur, nec ab illis se liberare præstatione operarum possint dominis inuitis, etiamsi velint, quemadmodum si præter annuam pensionem etiam certas quasdam operas dominis præstiterunt, vltra longissimum tempus ad vtrumq; deinceps quoque obligati sint. Vide *ad d. l. constit. 4.* Mollerum. Deniq; exemplum præscriptionis rerum incorporalium adducit noster Treutlerus in seruitutibus Realibus, quas & ipsas præscribi & vsucapi ait. Verum de hac seruitutum præscriptione dictum est *volum. prior. disput. 17. de seruis. Realib. Thes.* 8. *& 9.* quo breuitatis causa amicum lectorem remitto.

RESOLVTIO THESIS
Tertia.

Lit. A. QVod porro dictum est res qualcunque vsucapi & præscribi posse, verum est si nullum in se habeant vitium quod impedimento esse possit vsucapioni. Sic enim res furtiuæ nō possunt vsucapi § *furtiuæ. I. de vsucap. l. 4. §. 6. & l. 33 pr. ff. eod. tit.*

Hinc quæstio oritur de partu ancillæ furtiuæ apud bonæ fidei possessorem concepto & edito, satis intricata & dubia, vtrumne vsucapi queat?

Et quidem pro Negatiuæ sententia facit quod partus ancillæ furtiuæ pars est, & ideo eadem macula eodemque vitio affectus esse debeat, quo ipsa ancilla. Et quod partus ancillæ sit pars ipsius ancillæ probatur primo per textum *in l. 1. §. 1. ff. de ventre inspiciend.* vbi diserte Vlpianus scribit: partum, antequam edatur, mulieris portionem esse vel fiscetum eius, Et *in l. 7. §. 1. ff. de except. rei iud.* aperte dicitur, eum qui prægnantem ancillam petit, etiam partum ipsius petere videri, adeoque obstare actori exceptionem rei iudicatæ, quod sane dici non posset si partus non esset pars ancillæ. Quæ. 10. *An partus ancillæ furtiuæ, apud bonæ fidei possessorem conceptus & natus possit vsucapi.*

2. Idem confirmat & hæc ratio quod partus ancillæ apud furis heredem (quantumuis hic in bona fide sit constitutus) conceptus & natus vsucapi nequeat *l. 4. §. 15 ff. de vsurpat. & vsucap.* in qua Paulus ita scribit: *Heres, qui in ius defuncti succedit, licet apud eum ignorantem ancillam furtiuam esse conceperit ea & pepererit, non tamen vsucapiet.*

Rursus pro Affirmatiua opinione sequentia faciunt argumenta.

1. In *l. 10. §. fin. ff. de vsurpat. & vsucap.* Vlpianus aperte docet partum ancillæ apud bonæ fidei possessorem & natum & conceptum vsucapi posse, dum ita scribit: *Scæuola lib. 11. quæst. scribit, Marcellum existimasse, si bos apud furem conceperit, vel apud furis heredem, pariatque apud furis heredem vsucapi apud furis heredem distractum iuuentum non posse, sic, inquit, quemadmodum nec ancillæ partus; Scæuola autem scribit se putare vsucapere posse partum: Nec enim esse partum rei furtiuæ partem. Cæterum si esset pars nec si apud bonæ fidei emptorem peperisset, vsucapi poterat.*

2. Idem

2. Itemque Vlpianus *in l. 11. §. 2. ff. de public. in rem act.* haud obscure confirmat: *partus*, inquiens, *ancillæ, qui apud bonæ fidei emptorem conceptus est per hanc actionem petendus est, etiamsi ab eo, qui emit, possessus non est.*

3. *In l. 48. §. 5. ff. de furt.* hæc in verb. scribitur: Ancilla si subripiatur prægnans vel apud furem conceptus partus furtiuus est, siue apud furem edatur, siue apud bonæ fidei possessorem; sed in hoc posteriori casu furti actio cessat; sed si concepit apud bonæ fidei possessorem ibique peperit, eueniet vt partus furtiuus non sit, verum etiam vsucapi possit.

4. His subscribit quoque Alexander Imperator *in l. 3. C. de vsucap. pro empt.* vbi Nepotillæ consulenti ita rescribit: Si matrem eius, cuius nomine te quæstionem pati dicis bona fide emptam possidere cœpisti, etiamsi ipsa in causam furtiuam inciderit tamen postea conceptum apud te partum vsucapere potuisti.

Et hæc posterior sententia quod scilicet partus ancillæ furtiuæ, apud bonæ fidei possessorem conceptus & actus vsucapi possit verior mihi esse videtur.

Nec labefactant eam aut subuertunt duo ista argumenta pro priori negatiua opinione adducta. Quod enim primo argumento præsupponitur, partum ancillæ furtiuæ esse partem matris siue ancillæ, id plurimis iuris nostri locis aperte repugnat: Etenim *in l. 10. § fin. ff. de vsucap.* diserte Vlpianus cum Scæuola scribit, partum ancillæ furtiuæ non esse partem. Idemque denuo repetit & inculcat Vlpianus *in l. 26. ff. de verbor. significat. Partum,* inquiens, *non esse partem rei furtiuæ Scæuola lib. 11. quæstionum scribit*: Cum igitur partus eo etiam tempore, quo adhuc in vtero est, non est portio matris, sequitur eum materna labe & vitio affectum non esse atque ob id vsucapi non prohiberi.

Nec contrarium euincit *d. l. 1. §. 1. de ventr. inspic.* Nam quod illic asseritur, partum, antequam edatur mulieris esse portionem, id verum est quoad interdicta & Senatus Consulta *de exhibend. & agnosc. lib.* Cũ n. partus in vtero materno adhuc existens non alibi appareat, duci agnosci & exhiberi non potest, nisi vna cum matre. Quod autem *in l. 7. §. 1. ff. de except. rei iud.* dicitur, qui matrem prægnantem petit, eum intelligi quoque partum petere, eius non hæc est ratio quod partus sit pars matris, sed quia sit matris quædam accessio.

Ad secundum quoque argumentum non est difficilis responsio: Nam ab herede furis quantumuis bonæ fidei possessore, ad alios bonæ fidei possessores non valet consequentia, quia heres furis eodem, quo fur ipse loco & numero habetur: Quandoquidem heres defuncti vitiorum successor est. Et hanc responsionem expressis verbis Vlpianus *in l. 11 §. 2. ff. de public. in rem action.* dum ita scribit: *Partus an. illæ furtiuæ, qui apud bonæ fidei emptorem conceptus est, per hanc actionem petendus est, etiamsi ab eo, qui emit, possessus non est: Sed heres furis hanc actionem non habet, quia vitiorum defuncti successor est.* Idque ipsum quoque Paulus *in d. l. 4. §. 15. ff. de vsurpat. & vsucap.* testatur: *Heres,* inquiens, *qui in ius defuncti succedit, licet apud eum ignorantem ancillam furtiuam esse, conceperit & pepererit, nõ tamẽ vsucapiet.* Innuit scilicet ICtus, propterea furis heredem, quantumuis in bona fide constitutum, non vsucapere partum ancillæ furtiuæ, quia in ius defuncti succedat eiusque personam repræsentet, ac proinde quemadmodum nec ipse fur vsucapere potuisset, ita nec heredem eius vsucapere posse.

Relinquitur proinde partum ancillæ furtiuæ apud bonæ fidei emptorem conceptum & natum vsucapi posse: Requiritur tamen vtrumque simul & coniunctim

iunctim, vt nempe partus & conceptus & natus sit apud bonæ fidei emptorem. Nam si apud furem conceptus sit, quamuis postea apud bonæ fidei possessorem sit editus & natus, vsucapi non potest, *per textum l. penult. ff. de stat. hom.* Non quidem propterea quod partus sit pars matris, sed idcirco quia est quædam matris accessio. Quod si conceptus sit apud bonæ fidei possessorem, natus vero apud furem, rursus vsucapi non potest, quia contrectatione furis & ipse furtiuus efficitur.

Quæst. 11. *An partus ancillæ furtiuæ, quam seruus domino pro libertate dedit, possit ab eo vsucapi?*

Succedit huic controuersiæ alia quæstio non minus difficilis & Dd. disputationibus intricata; An partus ancillæ furtiuæ, quam seruus domino pro libertate dedit, si apud dominum bona fide & conceptus & editus sit, vsucapi à domino queat, quemadmodum de bonæ fidei possessore dictum est?

Et quidem pro affirmatiua textus sunt aperti *in l. 9. & 10. ff. pro emptor.* vbi Iulianus ita scribit: *Qui ob pactionem libertatis ancillam furtiuam à seruo accepit potest partum quasi emptor vsucapere.* Et in *l. 10 seq. Seruus domino ancillam, quam subripuerat, pro capite suo dedit & concepit, quæsitum est an dominus eum partum vsucapere possit? Hic dominus quasi emptor partum vsucapere potest: Nam res ei abest pro hac muliere & generi quodammodo venditio inter seruum & dominum contracta est.*

Respondet quidem Donellus leges adductas de hoc casu loqui, quo is qui ancillam dederat, non amplius seruus, sed manumissus ac liber fuerit, eamque non pro libertate futura & conferenda, sed pro libertate iam data domino, nunc patrono, dederit, quo casu ratio ista, quæ alias impedit, quo minus partus ancillæ furtiuæ, domino à seruo præstitæ vsucapio procedere queat.

Veruntamen hæc interpretatio idcirco recipi non potest, quia in adductis legibus ne minimum quidem verbulum habetur, vnde colligi possit eum, qui ibidem ancillam dedisse proponitur, fuisse manumissum. Quin potius aperte Iulianus de eo differit qui seruus domino pro libertate ancillam dederat. Et quanquam Donellus regerat hoc per anaphoran intelligendum esse, habito scilicet perspectu ad id, quod vterque, tam is qui dederat, quàm qui acceperat pro libertate ancillam dant & accipiunt. Non tamen hoc admittendum censeo, aut quicquam assertioni nostræ refragari, quia regula est quod in dubio à proprietate verborum non sit recedendum *l. Non aliter 69. ff. de legat. 3.* Nisi fortassis manifestum fuerit, hoc voluisse Legumlatorem, aut vero magna & euidens ratio suadeat proprietatem verborum relinquere: Nullum autem hic subesse rationem vel causam, quæ suadeat proprium verborum significatum relinquere & ita adductas leges interpretari, quasi in illis ICti anaphorice essent locuti, ex illis, quæ postea subiiciemus apparebit luculentissime.

Pro contraria opinione producit Hugo Donellus textum *in l. 4. §. de illo 16. ff. de vsucap.* qua perspicue confirmari opinatur, partum ancillæ furtiuæ à seruo pro libertate domino datæ vsucapi non posse: Verba eius legis hæc sunt: *De illo quæritur, si seruus meus ancillam, quam subripuit pro libertate sua mihi dederit, an partum apud me conceptum vsucapere possim, Sabinus & Cassius non putant, quia possessio, quam seruus vitiose nactus sit, domino noceret, & hoc verum est.*

2. Accedit huic textui & ratio Iuris satis, vti apparet, euidens & perspicua quod scilicet ex nulla noua causa dominus ancillam possideat, adeoque titulo iusto, qui ad vsucapionem omnino necessarius est, dominus destituatur, cum inter dominum & seruum nulla causa seu obligatio consistere queat, ac ne naturalis quidem §. *hi qui. I. de obligat.*

quæ ex delict. Proinde domino sola & nuda possessio serui superfit, quæ cum vitio furti sit affecta, non possit partus, ea mediante vsucapi. Veruntamen hæc fundamenta Donelli satis sunt infirma si diligentius considerentur ac ponderentur.

Quod enim ad *d l.4.§ 16. Digest. de vsucap.* respondet Cuiacius Paulum ICtum illic de eo casu accipiendum esse, quo antequam partus conciperetur, vel nasceretur, dominus cognouerit ancillam esse furtiuam, atque ita in mala fide fuerit cõstitutus id quod sequens §.18. satis perspicue eu ncere videtur, in quo id quod prius generaliter dictum fuerat, ad eum casum restringitur, quo emptor resciuerit ancillam fuisse furtiuam, priusquam ederetur: Sic enim ICtus ait: *Si, antequam pariat ancilla, alienam esse resciuerit emptor, diximus, non posse eum vsucapere, quod si cum iam vsucaperet, cognouerit alienam esse, initium vsucapionis intueri debemus.*

Pari modo non multum refragatur ratio ex Donello adducta. Quod enim in præsenti casu dominus ex noua causa possideat, perspicue relucet ex adductis legibus, *l.9. & l.10. Digest. pro emptore.* vbi dicitur, dominum in casu isto *quasi emptorem* vsucapere. Non obstante eo, quod inter dominum & seruum obligatio non consistat: Hoc enim de eo intelligendum est qui seruus permansurus est. At nos in præsentiarum de eo loquimur, qui datione ancillæ hoc egit vt liber fieret.

Et licet alias inter dominum & seruum, excepta causa peculiari, nulla, ac ne naturalis quidem obligatio consistat, aliud tamen in ea conuentione obtinet, qua pro libertate seruo quippiam promittitur, propter fauorem futuræ libertatis, vt probat *l.1. & tot. tit. C. si mancip. ita fuer. alienat.*

Quæ. II. Quod de partu ancillæ furtiuæ dictum est, idemne in fœtu pecudum furtiuarum obtineat? non minus controuersum est. Mihi tamen, quicquid etiam alii contra dicant, verissima videtur illorum sententia, qui statuunt, fœtum pecudum furtiuarum, apud quemcunque tandem conceptus fuerit, non posse a bonæ fidei possessore vsucapi, sed statim quamprimum editus fuerit acquiri pleno iure bonæ fidei possessori, quemadmodum & alii fructus ex re aliena percepti, etiam sine vlla præscriptione acquiruntur. Quæ sententia hisce argumentis confirmari videtur.

An fœtus pecudum furtiuarum possint vsucapi à bonæ fidei possessore?

1. In § *In pecudum. I. de Rer. diuis. & l. In pecudum. ff. de vsur. & l. 45. ff. eod. tit.* expresse dicitur, fœtus pecudum esse in fructu illarum: Iam vero fructus ex re aliena percepti, acquiruntur bonæ fidei possessori §. *si quis à non domino I. de Rer. diuis. l. 45. ff. de vsur. & fructibus.* Cui consequens est fœtum pecudum furtiuarum statim, quamprimum apud bonæ fidei possessorem editus est, & ab ipso perceptus pleno iure bonæ fidei possessori tãquam quendam pecudum fructum, acquiri atque ab eodem amplius vsucapi non posse. *argum. §. sic itaque discretis. I de action* vbi dicitur quod semel meum est, amplius meum fieri non potest. Et hinc etiam relucet differentia inter partum ancillæ furtiuæ & fœtum pecudum furtiuarum: partus enim ancillæ in fructu non est *d. § In pecudum. I. de Rer. diuis.* & ideo iure fructuum bonæ fidei possessori non acquiritur nisi vsucapiatur: fœtus autẽ pecudum furtiuarum est in fructu, & ideo etiam sine vsucapione efficitur bonæ fidei possessoris.

2. Et hoc etiam diserte Paulus ICtus expressit *in l. 48. §. fin. ff. de acquir. rer. dom.* vbi hoc modo scribit: *Et ouium fœtus in fructu sunt, & ideo ad bonæ fidei emptorem pertinent, etiamsi prægnantes venierint vel surreptæ sint.*

3. Cui

3. Cui consentit & Gaius *in l. in pecudum. 28. Digest. de vsur. & fructib. In pecudum*, inquiens, *fructu etiam fœtus est, sicut lac, pilus & lana, & ideo agni, hadi & vituli statim pleno iure sunt bonæ fidei possessoris & fructuarii: partus vero ancillæ in fructu non est, & ideo ad dominum proprietatis pertinet.* Idemque totidem verbis comprobat Iustinianus *in d. §. In pecudum. l. de rer. diuis.*

Huic porro sententiæ aduersatur *l. 4. §. fructus. Digest. de vsurpat. & vsucap.* vbi Paulus: *Fructus & partus ancillarum & fœtus pecorum, si defuncti non fuerint, vsucapi possunt.* Ex quo liquere videtur, partus ancillarum & fœtus pecorum vsucapi posse, quod priori sententiæ è diametro contrarium esse videtur.

Respondet quidem Donellus, sententiam illius *l. 4. § fructus.* hanc esse, quod fœtus pecudum vsucapi possit, scilicet aliquando, tunc nempe, quando heres ante editionem resciuerit pecora esse aliena: Tum enim superuenientem scientiam efficere vt fructus statim non percipiat *l. 48. § 1. ff. de acquir. dom.* quamuis vsucapere possit *d. l. 48. l. 44. §. 2. ff. de vsurpat. & vsucap.* Sed displicet hæc interpretatio Oswaldo Hilligero propterea quia quod superueniens scientia cursum vsucapionis non sistit, verum est de ipsa re cuius vsucapio bonis initiis erat cœpta: proinde fœtus quidem pecorum vsucapionem bonæ fidei possessorem non habere, cum eo tempore, quo incipit possidere fœtum in mala fide sit atque ita initium possessionis iniustum habuerit.

Respondet etiam Connanus, verba ista, *si defuncti non fuerint*, ad fœtum pecorum referenda atque sic accipienda esse, *si fœtus non fuerint mortui aut consumpti* quasi vocula *consumpti* sit nominatiuus pluralis, non genitiuus singularis.

Verum & hæc responsio vix sustineri potest, cum exinde sequeretur *d. l. 4. §. fructus.* de casu plane indubitabili conceptam esse, cum dubitari non possit, quin consumpti fœtus vsucapionem non recipiant.

Iacobus Cuiacius respondet, partum ancillæ itemque fœtum pecudum furtiuarum qui in hereditate fuerint, quosque defunctus à non domino iusta ex causa bona fide acceperit, quanquam hi defuncti non fuerint, vtpote post aditam hereditatem nati, vsucapi tamen posse, cum fructus rei hereditariæ vsucapi pro suo possint *l. 2. ff. pro suo.*

Aliter denique respondent Hilligerus, qui *d. § fructus.* interpretatur de eo fœtu qui à defuncto acquisitus non fuit, vt si defunctus ex pecoribus depositis & commodatis perceperit, heres autem ignorans ex huiusmodi pecoribus fœtum esse, si possederit bona fide, pro suo eum vsucapere air, per text. *in d. l. 2 Digest. pro suo.* Similiter non refragatur *d. l. qui vas 48 §. Ancilla. 5. ff de furt.* vbi Vlp. ita scribit: *Ancilla, si surripiatur pregnans vel apud furem concepit, partus furtiuus est, siue apud furem edatur, siue apud bonæ fidei possessorem, ibique peperit, eueniet vt fructus furtiuus non sit. Idem & in pecudibus seruandum & in fœtu eorum, quod in partu.*

Respondet quippe Franciscus Connanus verba ista, *Idem & in pecudibus &c.* per interrogationem hoc modo legenda esse; *Idemne in pecudibus seruandum est & in fœtu eorum, quod in partu?* Ita vt huic interrogationi subiiciatur responsio in sequentibus *§. Ex furtiuis.*

Hugo Donellus, qui hanc Connani interpretationem non admittit, putat tamen lectionem Florentinam vitiosam esse & pro *idem seruandũ est*, legendũ *non*

idem seruandum est; Idque ea ratione, quia Vlpianus statim subiciat; *Ex furtiuis equis natos ad bona fidei possessorem pertinere*. Cuius rationem in continenti annectat, *merito*, inquiens *quia in fructu* (fœtus) *numeratur*: At partus ancillæ non numerantur in fructu.

Sed vtraque interpretatio dura est ac diuinatoria & in omnibus exemplaribus constanter affirmatiua lectio habetur.

Quocirca veriorem iudico Francisci Hotomanni & Iohannis Gœddei interpretationem, qui aiunt, *in d. §. Ancilla.* principaliter hanc quæstionem tractari, an partus ancillæ furtiuæ & ipse furtiuus sit, de eoque furti actione agi queat: Incidenter solum asseri eum vsucapi posse: Proinde comparationem istam fœtus pecudum & partus ancillæ *in d. versic. idem &c.* institutam referri debere ad principalem quæstionem, vt scilicet fœtus pecudum, si apud bonæ fidei possessorem conceptus sit & editus, furtiuus non sit, quemadmodum nec partus & proinde actio furti eius nomine non competat, non autem referri debet comparatio fœtus & partus ad id, quod incidenter de vsucapione ibidē dictum fuerat, quandoquidem statim subiungit ICtus, diuersam esse rationem partus & fœtus quoniam hic in fructu numeretur, ille vero non item, narosque ex furtiuis equis statim fieri bonæ fidei possessoris adeoque nulla indigere vsucapione, sed nec vsucapi posse. *argum. d. § sic itaque discretis. l. de actionib.*

Vsucapere porro prohibentur res immobiles vi occupatæ & possessæ *l. 4. §. 22. & sequent. ff. de vsurpat. & vsucap. l. 86. ff. de furt.* Dicuntur autem res vi possessæ in quibus, expulso vetere possessore acquisita per vim possessio obtinetur *l. 1. §. vti possidere. ff. vnde vi.* adeoque duo requiruntur vt res immobilis vi possessa dicatur: deiectio nempe veteris possessoris & possessionis occupatio. Hinc si quis vacuam possessionem occuparit, quamuis postea veterem possessorem venientem prohibuerit, non tamen vi possessa res dicitur, & ideo, nec vsucapi prohibetur. *l. 4. §. penult. ff. de vsucap.* Indeque & illud est quod etsi quis veterem possessorem deiecerit, si tamen, eo deiecto, non apprehenderit possessionem, sed alius in vacuam possessionem venerit, potest vsucapi res, quia occupata non fuit à deiiciente *d. l. 4. §. si tu me.*

Insuper vsucapi propter inhærens vitium non possunt res præsidi contra legem Iuliani Repetundarum donatæ *l. 48. pr. ff. de acquir. domin. l. 8. ff. ad L. Iul. Repetund.*

Cæterum tandiu hæ res hactenus recensitæ, furtiuæ, inquam, vi possessæ & contra legem repetundarum præsidi donatæ, vsucapi prohibentur, quandiu vitium istis rebus inhærens non fuerit purgatum *§. Aliquando. I. de vsucap. l. 4. §. 12. l. 24. §. 1 ff. eod. tit.* Purgatur autem vitium rei furtiuæ quando in potestatem domini res furtiua reuersa est *d. §. aliquando. I. de vsucapion.* secus atque in rebus vi possessis & præsidi donatis: Vt enim in rebus vi possessis vitium purgetur, non sufficit rem peruenisse in potestatem domini, sed necessum est eam præcise peruenisse in potestatem illius, quo de possessione deiecto, possessio per vim obtinebatur.

Nec aduersatur *d. § aliquando.* Nam ex ratione eius, quæ subiicitur, id satis superque colligitur: ita enim Iustinianus: *Tunc*, inquit, *vitio rei purgato*, procedit eius vsucapio: quibus verbis nihil amplius de reditione ista in potestatē exigitur, quam vt vitium rei, quod prius contractum erat, purgetur: Atqui cum quis vi deiectus est, non aliter purgatur hoc vitium, quam si deiectus restituatur in possessionem, quapropter ista restitutione secuta, res vi possessa esse desinit.

nit, & poteſt vſucapi. De re præſidi contra legem Iuliam repetundarum donata expreſſum eſt *in l. quod contra ff. ad Leg. Iul. repetund.* vt non impediatur vſucapio, rem venire debere in poteſtatem eius, à quo profecta eſt, heredisue eius; Vt proinde nihil interſit, vtrum qui donauit dominus fuerit, an non fuerit dominus.

Lit. E. Res præterea ſacræ, religioſæ vſucapi nequeunt § *ſed aliquando. l. de vſucap. l. 9. ff. de vſucap. l. 30. §. 1. ff. de acquir. poſſeſſ.* Tum quia res tales poſſideri non poſſunt *d. l. 30. §. 1.* quarum autem rerum poſſeſſio non eſt, earum nec vſucapio eſſe poteſt *l. 25. ff. de vſucap.* Tum etiam quia vſucapio eſt vera alienationis ſpecies *l. 28. ff. de verbor. ſignificat.* & infra id pluribus demonſtrabitur ſub *theſi 7. Lit. B.* quæ igitur res in commercio hominum non ſunt, illæ nec vſucapi poſſunt.

Lit. F. Ex iiſdem cauſis nec liber homo vſucapi poteſt: Nam nec poſſideri poteſt *d. l. 30. §. 1.* nec in commercio eſt hominum *§. 2. I. de inutil. ſtipulat.*

Lit. G. Quæſt. 13. *An res pupilli poſſint vſucapi?* Præterea res ſuperiores amplius vſucapi nequeunt res pupilli: Et quidem de rebus pupilli immobilibus dubium non eſt quod vſucapi nequeant. De rebus mobilibus nonnihil dubitatur. Etenim Iacobus Cuiacius *in l. 4. ſi pupilli. 15. ff. de vſurpat. & vſucap. obſeru. 14.* ſtatuit res quidem immobiles pupilli non poſſe vſucapi: At mobiles poſſe. Atque huius ſuæ opinionis conſtituit primo *in d. l. 4. §. ſi pupilli. ff. de vſucap.* vbi Paulus ita ſcribit: *Si pupilli res ſurrepta ſit ſufficere dicendum eſt ſi tutor eius ſciat reduxiſſe eam in domum pupilli.* quibus verbis haut obſcure ſignificatur, res furtiuas pupilli vſucapi non poſſe, quandiu vitium non fuerit purgatum: At purgato vitio & illis in domum pupilli reuerſis vſucapi eas poſſe.

2. Id quod & Iulianus haut obſcure confirmat *in l. 7. §. 3. Digeſt. pro empt. Si tutor*, inquiens, *pupilli rem ſurripuerit & vendiderit, vſucapio non contingit, priuſquam res in poteſtatem pupilli redeat. Nam tutor in re pupilli tunc domini loco habetur cum tutelam adminiſtrat, non cum pupillum ſpoliat.*

3. Quin etiam Paulus *in l. 2. §. 15. ff. eod. tit.* his apertiſſime ſubſcribit, dum ita ait: *Si à pupillo emero ſine tutoris authoritate, quem puberem eſſe putem dicimus vſucapionem ſequi &c.*

4. Aſſentitur his & Calliſtratus *in l. 45. Digeſt. de minoribus*: Etiam ei, qui priuſquam naſceretur vſucaptum amiſit, reſtituendam actionem Labeo ſcribit: Ex quo colligitur rem pupilli iure fuiſſe vſucaptam, quia alias opus non foret in integrum reſtitutione.

5. Idemque colligitur ex *l. vnic. Cod. ſi aduerſ. vendit.* in qua Diocler. & Maximi. ita reſcribunt: Contra eos, qui res minorum tenent, ſi vſucapione dominium acquiſierint, reſtitutionis auxilium ei decerni debet.

Veruntamen, etſi hæc ſententia admodum ſpecioſa habeat fundamenta, veriorem tamen contrariam opinionem eſſe iudico.

1. Etenim *in l. 48. pr. Digeſt. de acquir. dom.* Paulus expreſſe res pupilli iis annumerat rebus, quæ vſucapi nequeunt; ſic enim ſcribit: *Denique etiam priuſquam percipiat ſtatim vbi à ſolo ſeparati ſint, bonæ fidei emptoris fiunt: Nec intereſt ea res quam bona fide emi, longo tempore capi poſſit nec ne, veluti ſi pupilli ſit aut vi poſſeſſa.*

2. Textui huic accedit inſuper & ratio iuris euidens atque perſpicua: Vſucapio quippe ſpecies quædam eſt alienationis *l. 28. ff. de verbor. ſignificat.* idcirco quæ res alienari nequeunt, illæ nec vſucapi poſſunt: Atqui res pupilli, ſiue mobiles fuerint, ſiue immobiles ſint, alienari non poſſunt *l. Lex quæ. C. de admin. tutor. l. 1. ff. de rebus eor. qui ſub tut. ſunt.* Proinde res pupilli non poſſunt vſucapi.

Nec huic sententiæ magnopere aduersantur argumenta Cuiacii: Nam ad primum, ex *d.l.4.§.11.*desumptum, respondetur, eo in loco quæstionem proponi quando & quomodo pupilli re surrepta, vitium, quo affecta est, purgetur, non vt nunc & in præsenti, sed vt aliquando & in præteritum vsucapi possit, cum scilicet pupillus maiorennis effectus fuerit: Nisi enim purgatum fuerit illud vitium, ne quidem pupillo pubere vel maiore facto, vsucapi poterit. Oswaldus Hilliger *in Donell. Enucleat. lib.5. cap.24.*

Ad secundum argumentum ex *d.l.7. §.3 ff pro empt.* petitum idem respondendum putat Hillinger. Additque insuper eum textum loqui de re quæ alienari à tutore vetita non est, ibidemque nullam esse alienationem non ob rei conditionem, quasi in earum sit numero, quas lex alienari non vult, sed ob malam fidem tutoris: Malam fidem auctoris in re mobili semper successori nocere, etiamsi is bonæ fidei sit.

Ad tertium respondetur, adductam *l.2 §.15.* non loqui de re pupilli, sed de re aliena à pupillo empta, vt enim vsucapio procedat, requiritur, vt quis rem aliquam à non domino acceperit *pr. I. de vsucap.* Proinde non probat rem pupilli vsucapi posse, sed rem tertii alicuius emptam à pupillo.

Ad quartum respondeo In *allegata L. 45.* vsucapionem non fuisse cœptam aduersus ipsum pupillum, sed aduersus pupilli patrem, quæ etiam impleta fuit, antequam pupillus natus fuisset, & cum adhuc in vtero esset: Vt proinde proprie dici non possit *in casu d.L. 45.* res pupilli vsucapta.

Ad Quintum vero respondetur, olim iure Pandectarum non omnes res pupilli alienari prohibitas fuisse, sed res duntaxat immobiles *L.1. ff. de Reb. eor.*

At progressu temporis quarumuis rerum pupillarum alienationem legibus interdictam fuisse *l. 23. C. de adm. tutor.* Olim itaque vsucapi potuisse res pupilli mobiles quia & alienari potuerint; At hodie alienatione rerum pupillarium prohibita, earundem quoque vsucapionem interdictam fuisse: Nec moueor eo quod hic Duarenus obiicit, quod nempe cum res pupilli prohibentur alienari sine decreto, id non extendendum esse ad vsucapionem, quia in illis, quæ lex permittit non sit necessarium decretum prætoris; Vsucapio autem sit quædam alienatio legis. Nam quod vsucapio non pro alienatione legis, sed pro alienatione hominis habeatur, clare demonstrat *l. 28. ff. de verbor. significat.* vbi ICtus ait, eum videri alienari qui rem suam vsucapi patitur.

Lit. H. Quæ. 14. *An res puberum possint vsucapi?*

Res quoque puberum Minorum vigintiquinque annis vsucapi nequeunt; Id quod haut obscure probat & euincit *l. vltim. C. in quib. causis restitut. in integr. necess. non est.* Cauet enim illic Iustinianus in qua præscriptio temporalis aduersus minores currat etiam ipso iure; idque in rebus causisque omnibus, in quibus antea currebant eiusmodi præscriptiones, minoresque aduersus eas restituebantur,

Sed huic aduersatur *l. vnic. C. si aduers. vsucapionem.* vbi diserte sancitur aduersus vsucapionem rerum minoris dari in integrum restitutionem minori, cui consequens est vsucapionem ipso iure processisse atque impletam fuisse: alioquin enim contra eam non daretur in integrum restitutio; cum omnis priuatio & rescissio qualis est in integrũ restitutio, præsupponat habitum atque aliquid quod rescindat. Difficilis est sane hæc obiectio, nec ita facilis apparet ratio hanc constitutionem cum *d.l. vltim.* conciliandi.

Franciscus Duarenus respondet distinguendo inter vsucapionem & præscriptionem

scriptionem: Vsucapionem quippe esse acquisitionem dominii *l. 3. ff. de vsucap.* At præscriptionem esse duntaxat exceptionem *tot. tit. ff. de except. & præscriptionib.* Aduersus præscriptionem igitur competere restitutionem in integrum, quia temporalis sit exceptio, aduersus vsucapionem vero non item, quia vsucapio fauorabilior sit quam præscriptio Duaren. *ad d. l. final. C. in quib. causis in integr. restitutio.*

Hugo Donellus 21. *comment. 9.* respondet, vsucapionem non ex minoris cessatione vti præscriptionem, sed ex adquirentis possessione nasci: Hanc vero possessionem non esse in facto aut potestatione minoris, vt dici possit hoc factum ipsi nocere non debere.

Mihi saluo aliorum rectius sententium iudicio dicendum omnino videtur inter duas istas leges nullam penitus esse antinomiam, sed ita rectissime & appositissime conciliari posse quod iure veteri vsucapio rerum minoris ipso iure processerit, ac consequenter aduersus eam restitutio in integrum necessaria fuerit *d. l. vnic. C. si aduersus vendit.* Iure autem nouo, quod proponitur *in d. l. vltim. C. in quibus caus. in integr. restit. necessaria non est.* vsucapio rerum minoris viginti quinque annis ipso iure non procedat, nec restitutio in integrum vlla contra huiusmodi vsucapionem necessaria sit.

Quæ responsio comprobatur ex eo quod olim minores viginti quinque annis, prout etiam de pupillis supra est dictum, res mobiles prohibiti non fuerint alienare; post vero Imperatoris Iustiniani constitutione, quæ extat *in l. 22. C. de administrat. tutor.* res quasuis minoris tam mobiles, quam immobiles & tam preciosas, quam non preciosas minoris sine decreto prætoris distrahi prohibitas esse. Cui consequens est quod post hanc Iustiniani constitutionem res minoris vigintiq; annis vsucapi non possint.

Duareni & Donelli conciliationes plane impertinentes esse arbitror, quia distinguunt inter vsucapionem & præscriptionem quam differentiam hodie Iustiniani constitutione sublatam esse nullamque amplius inter vsucapionem & præscriptionem differentiam superesse, non solum ex *pr. I. de vsucap.* sed etiam ex *l. vnic. Cod. de vsucap. transform.* plusquam manifeste relucet.

Lit. I. Quæst. 15. *An res meræ facultatis possint præscribi?*

De præscriptione iurium, quæ meræ facultatis sunt, hæc tenenda est regula, quod præscribi nullo tempore valeant: Hinc Glossa *in l. qui luminibus. ff. de seruit. vrban. præd.* dicit, quod si mille annis area mea iuxta palatium tuum fuit nec ædificaui, quod nihilominus possim ædificare nec prohiberi valeam, eo quod hoc consistat in voluntate & libero arbitrio meo. Hinc etiam si quis per centum annos tenuit domum suam depressam tamen potest illam pro voluntate sua altius tollere quia semper fuit in potestate eius Mynsinger. *decad. 9. Respons. 81. num. 11.*

Et pro hac sententia quod res meræ facultatis eaque quæ in mera voluntate nostra liberoq; arbitrio consistunt, nunquam ac ne tempore quidem immemoriali præscribantur allegatur textus *in l. 2. ff. de via publ. & itin.* itemque textus *in cap. possessionem. caus. 16. quæst. 3.* Et est hæc receptissima Dd. sententia vide Iason. *in l. quominus. n. 29. ff. de flumin.* Cyn. *in l. 2. Cod. quæ sit longa consuetudo* Barrol. *in l. cum in rem verso. ff. de vsur.* Mynsing. *d. responso 81. num. 10. & seq. & decad. 4. Respons. 31. num. 14.*

Non obstat huic quod vetustas vicem seruitutis obtineat *l. 1. §. denique & ibi glossa verb. interdictum Digest. de aqua pluuia arcend. l. 1. Codic. de seruitutibus & aqua.* Nam hæc iura omnia intelliguntur à tempore, quo quis

fuit

fuit prohibitus: Etsi enim, vt demonstratum est, quæ meræ sunt facultatis non præscribantur, id tamen hoc modo intelligendum est, nisi quis iure isto, quod meræ facultatis est, vti ab alio prohibitus fuit: Tunc enim si prohibitus in ista prohibitione acquieuerit, nec sibi ius suum defenderit, aut à tempore prohibitionis intra longissimum tempus iure isto vsus non fuerit, rectè ius istud, quod prius erat meræ facultatis, præscriptione, à tempore prohibitionis currente, sublatum & extinctum dicitur Gloss. & Dd. *in d. l. 1. C. de seruitutibus & aqua.* Prohibitione autem nulla præcedente verissimum est quod res meræ facultatis non præscribantur; Idque ipsum quoq; ex eo intelligere licet quod tempus solum non est modus inducendæ obligationis in futurum, sed requiritur factum, contradictio vel prohibitio, per quam prohibitionem prohibens constituitur in quasi possessione sine qua non procedit præscriptio Bald. *in l. 2. C. de seruit. & aqua*, Ioachim, Mynsinger. *d. Respons. 8.*

De præscriptione iuris, offerendi siue luen li pignus supra *disput. de pignorib. thes. vltim.* satis prolixe dictum fuit.

Quæ. 16. *Vtrum annui reditus possint præscribi?* De præscriptione annuatum præstationum, Jährlicher Zinse oder Pächte/ res admodum dubia est anne locum habere possit; ita vt debitor intra longissimum tempus non soluendo, illarum soluendarum necessitate per præscriptionem sese liberet? Pro negatiua sententia, quæ procul dubio verior est defenditur primo per textum *in l. Cum notissimi §. penult. Cod. de præscript. 30. annorum.* vbi Imperator Iustinus in hæc verba rescribit: *in promissionibus vel legatis, vel aliis obligationibus, quæ dationem per singulos annos, vel menses, vel aliquod singulare tempus continent, tempora præscriptionum non ab exordio talis obligationis, sed ab initio cuiuscunq; anni, vel mensis, vel singularis temporis computari manifestum est*: Obseruandum hic est quod dicit Imperator, tempora præscriptionum ab initio computari: His siquidem verbis significat, cum quid annuum vel menstruum debetur, singulos annos vel menses propriam habere præscriptionem, quia singulis annis nascitur noua actio, cum singulis annis, quod promissum est, præstandum sit, & quot sunt præstationes, tot sunt actiones. pro futuris annis actio non nascitur, vt pro eo quod anno ab hoc secundo, tertio vel quarto solui, nondum competit actio, sed tum demum actio competit, vbi secundus, tertius vel quartus annus venit & quod promissum est iam præstari debet & peti potest. Cui omnino consequens est quod præscriptio etiam contra actionem singulis annis natam currat, si quo anno pensio, quæ inferri debuit, non præstetur. Pro futuris annis præscriptio non currit, quia pro futuris annis actio nondum est nata, per quam pensio futurorum annorum peti possit: Actione non nata, necesse est vt dicatur præscriptionem cessare, cum quod nondum est, præscribi non possit.

Ex hoc igitur fundamento concludendum est, etsi annui reditus intra triginta vel quadraginta annos petiti non fuerint, nihilominus tamen post triginta vel quadraginta annos singulis annis annuos reditus adhuc peti posse. Et hæc sententia, quæ fuit Martini antiqui Glossatoris, in Camera Imperiali recepta & multis præiudiciis confirmata est, teste Andr. Gaillo *lib. 2. obseruat. 73.* Mynsing. *cent. 3. obseruat. 3.* Wurmbsero *t. t. 45. obseruat. 5.* Iohanne Borcholdo *in tractat. de vsur. cap. 4. num. 34.* Et secundum illam semper se vidisse iudicari in omnibus curiis Delphinatus testatur Guido Papæ *decis. 406.*

Et hanc opinionem, vt veriorem, post Martinum Glossatorem commendant Mynsinger. *d. cent. 3. obseruat. 3.* Wurmbse-

Wurmbserus *tit.*45. *obseruat.* 5. Gailius 2.*obseruat.*73. Andreas Rauchbar. *part.*2. *quæst.*28.*num.*36. Guido Papæ *d. decis.*406. Vasquius *lib.* 2.*Illustr.controuers.*83. Surd. *decis.*24.*num.*12. Andr.Kniche *de inuestit. pact.part.* 2, *cap.*3. *num.*81. Iohannes Borcholt. *d.c.* 4. *num.*34. Daniel Mollerus *ad constit.*2.*Elector.Saxon.part.*2.

Cæterum affirmatiuam sententiam, quod scilicet annui reditus non solum præteriti, sed futuri etiam temporis præscribantur ita vt nulla amplius actio contra debitorem competat, defendit Bulgarus eundemq; secuti sunt Dynus *in l de pupillo.§.si in pluribus ff. de oper.nou. nunc* Gœden.*consil.*35.*n.*30. Schurf.1.*consil.* 10.*num.* 12. Petr.Freder. Mindan.*lib.*2.*de mandat.iudic.cap.*74.*num.*4.

Et hanc etiam opinionem Bulgari Elector Saxoniæ Augustus constitutione prouinciali confirmauit & secundum eam suo interritorio pronunciari voluit *part.* 2. *const.*2. cuius verba hæc sunt: Wiewol eine schwere Disputation im Rechten ist / An annuæ præstationi in totũ possit præscribi, dannoch so haben vnsere Verordnete dahin geschlossen / daß die Jährliche Zinse vnd præstationes, welche auß einer Zusag oder Contract jhren Vrsprung haben / so sie vber Rechts verwerte Zeit nicht erleget / können verjahret werden / nicht allein / daß die verfessene Zinse nicht zuzahlen / sondern daß auch die zukünfftigen nicht dürfften erlegt werden / welches auch in Testamenten vnnd letzten Willen ohne Vnderschied / als Krafft vnserer Constitution, dieweil im Rechten derowegen Zweiffel gewesen / stadt haben vnnd die Zinse præscribirt werden sollen / darauff dann vnsere Gerichte zuerkennen haben.

Pro hac vero sententia sequentia argumenta facere videntur.

1. In *L.*1. *Eos* 26.*pr. Codic. de vsur.* Imperator Iustin. ita scribit: *Eos qui principali actione per exceptionem triginta aut quadraginta annorum, siue personali siue hypothecaria actione ceciderunt, iubemus non posse super vsuris, vel fructibus præteritis temporis aliquam mouere quæstionem, dicendo ex iisdem temporibus eas sibi velle persolui, quæ non ad triginta vel quadraginta referuntur, asserendo singulis annis earum actiones nasci: Principali enim actione non persistente, satis superuacuum est super vsuris vel fructibus adhuc iudicem cognoscere.*

Quæ Imperatoris verba (inquit Frederus) cum ipsissimam quæstionem controuersam decidant, mirum est contrariam iis opinionibus Martini tot asseclas, tot illustria præiudicia inuenire potuisse.

2. Adducitur deinceps textus *in l. si quis empt*io 18.*§.fin.C.de præsc.*30.*vel*40. *annor.* vbi Iustinianus ita scribit: *Exceptionem etiam 30 vel 40.annorum in illis contractibus, in quibus vsuræ promissæ sunt, ex illo tempore initium capere sancimus, ex quo debitor vsuras minime persoluit.*

3. Eodemque pertinere videtur *l* 7.*§.*5. *versic.sed etsi quis.*C *eod. tit.* cuius hæc sunt verba: *Sed etsi quis debitorum ad agnoscendum suum debitum secundam cautionem in creditorem exposuerit, tempora memoratarum præscriptionum, interrupta esse videbuntur, quantum ad priorem cautionem pertinet.*

Iam vero si singuli anni præscriptionis initia præstarent, prout voluit Martinus, quid opus esset magna interruptione?

4. Accedit deinceps huc, quod omnis contractus, omnis actio 30. vel 40. annorum iugi silentio extinguatur, ita vt nec res, nec ius aliquod amplius postulari queat *l sicut. l. omnes* C. *de præscript.*30. *vel* 40.*annor.* Iam vero facultas petendarum annuarum pensionum & redituum ius est atque actio: Ergo & merito præscribetur.

5. Insuper dies omnium pensio-

num statim ab ipso obligationis tempore cedit, quamuis ante diem peti non possint *l. si dies. 21. Digest. quando dies legat. cedat*.

6. Et hinc etiam vna eademq; pensio vnũ omniũ annorũ legatũ est: siquidem in plures præstationes exonerandi heredis tantum gratia diuisum intelligatur *l. si cum præfinitione 20. ff. d. tit.* Nisi forte alimentorum nomine in singulos annos, quod idem est, pensio vel legatum sit relictum, tunc enim plures pensiones plura legata existimantur *d. l. 20. & l. 23. eod. l. 4. & tot. tit. ff. de annuis legat.*

7. Pensiones & reditus etiam nominum & pecuniæ in vsufructu habentur, quemadmodum & Cuiacius *sub finem Africani* vsuras quasi vsumfructum nominat *l. 3. Digest. de vsufr. ear. rer.* Sed quæ in iure consistunt, vt vsusfructus & cætera seruitutes præscribuntur. *l. fin. in fin. Cod. de præscript. longi temp. l. Corruptionem. Cod. de vsufruct.* Ergo & annuæ pensiones.

8. Egregiæ etiam hanc eandem sententiam probat *l. qui semisses vsuras. Digest. de vsufruct.* Cuius verba ita sonant: *Qui semisses vsuras promisit per multos annos, minores præstitit, heres creditoris semisses petit, & cum per debitorem non steterit, quo minus vsuræ maiores soluerentur, respondi, secundum ea, quæ proponerentur obstare exceptionem.* Idemque confirmatur *l. Aduersus creditorem Cod. eod. tit.* vbi ita rescribitur: *Aduersus creditorem vsuras maiores petentem, si probetur per certos annos minores postea consecutus vtilis est pacti exceptio.*

9. Denique huc facere videtur textus expressus *in cap. olim 22. extr. de censib.* vbi teste Glossa & Dd. triginta vel quadraginta quinque aut sex annorum in minore moneta facta solutio non præiudicat, nisi 40. annorum plena præscriptio interuenerit, vtpote quæ sola contra Ecclesiam militat Schurff. *d. cons. 10. n. 8.* Ita decimæ Ecclesiæ præscribi in totum quidem non possunt per singulare canonum priuilegium *cap. quacunque. 16. quæst. 7.* Innocent. & Glossa *in cap. 4. quibus de decim.* Attamen quota vel quantitas decimæ antiquæ ad certam vel minorem quantitatem præscribi potest: Hostiensi *in summ. de decim.*

Hisce argumentis ac fundamentis sententiam Bulgari fulcire & stabilire conantur supra allegati Doctores.

Cæterum Iohannes antiquus Glossator Azo & Accursius duas modo recensitas opiniones contrarias conciliare conantes distinguendum existimarunt inter annuas præstationes, quæ ex stipulatione & illas quæ ex vltima voluntate debentur; & in his opinionem Martini, præscriptionem annuorum redituum negantis. In illis vero sententiam Bulgari eam præscriptionem affirmantis obseruandam putarunt. Huius autem distinctionis hanc adduxerunt rationem quod stipulatio annui reditus vna est, & vna petitur actione tota pensio, etiam si sit concepta in plures annos. Ideoque sicut condemnatio fit huiusmodi stipulationis non solum pro pensione, cuius dies præterit, sed etiam pro omnibus futuris pensionibus, ita vna pensione per præscriptionem sublata, reliquis omnibus, quæ in posterum debeantur, præscriptum censetur Bart. & Dd. *in l. Stichum. §. stipulatio.* vbi pulchre Zasius *n. 3. & sequent. ff. de verbor. oblig.* At legata annua tot sunt, quot anni, quia singulis annis noua oritur obligatio, vtpote quod tacitam in se habet conditionem si legatarius viuat. Quæ vero sunt in conditione præscribi non possunt *l. 7. §. illud. C. de præscript. 30. annor.* vnde legatis præteritorum annorum sublatis per præscriptionem, reliquis, quæ imposterum debentur præscriptum non intelligitur. Schurff. *d. consil. 10. num. 13.*

Ad cuius confirmationem facit *L. cum.*

cum in annos. 11. Digest. de ann. legat & l. si vsusfructus 28. Digest. quibus mod. vsufruct. amitt. vbi dicitur., si vlusfructus alternis annis legetur non posse eum non vtendo amitti, quia plura sint legata.

Ego in hac Dd. concertatione primam opinionem, vtpote in praxi & vsu receptam, amplecti non dubito. Confirmatur enim textu satis dilucido *in d. l. cum notissimi. 7. pr. Cod. de præscript. 30. vel 40. annor.* ad quem textum etsi Petr. Frider. Mindan. *in d. cap. 64. num. 4.* respondeat istum textum pro hac negatiua sententia male adduci, quia verba ista Iustini Imperatoris ex *sequent. l. §. final.* ita sint interpretanda, quod scilicet nihil aliud sibi velint quam præscriptionem annuarum pensionum non à tempore obligationis, sed à tempore primæ cessationis dinumerandam, ex eo scilicet anno, mense aut die, in quem primum fuerant promissæ, cum id etiam §. 4. *d. l. cum notissimi.* comprobare videatur.

Veruntamen verba ipsa *d. §. final. l. cum notissimi.* satis hanc interpretationem refellunt atque ostendunt quod præscriptio annuarum præstationum currat non à tempore primæ cessationis, sed *ab initio cuiusque anni.* sic enim verba habent *d. §. fin. tempora memoratarum præscriptionum non ab exordio talis obligationis; sed ab initio cuiusque anni, vel mensis vel alterius singularis temporis computari manifestum est*: Quod si igitur tempora præscriptionis annuarum præstationum computari debent ab initio cuiusque anni, consequens est quod si intra 30. vel 40. annos à debitore non fuerit annuus reditus exactus, non tamen reliquorum ac sequentium annorum reditus præscriptus intelligatur. Et sane quicquid etiam dicant & prætendant dissentientes, clarior est hic textus, quam vt vlla ratione eludi possit.

Adiuuatur præterea & ratione satis perspicua, quam supra adduximus.

Nec infringunt verissimam ac receptissimam hanc sententiam argumenta ex Fridero paulo ante adducta.

Ad primum enim ex *d. l. Eos. 26. pr. C de vsur.* deducto responsio est perspicua: Loquitur enim ille textus de vsuris annuis, seu annuatim præstandis, non vero de annuis reditibus: vsurarum annuæ præstationes triginta vel quadraginta annis præscribuntur & creditor qui intra triginta vel quadraginta vsuras non petiit post 30. vel 40. annos vsuras petere non potest, propterea quia vsuræ sunt accessio & sequela alterius obligationis, & ideo (quanquam per se, directo & principaliter præscribi nequeant quoniam & illarum actio singulis nascitur non minus atque annuorum redituum) principali obligatione per præscriptionem triginta aut quadraginta annorum extincta & sublata, in consequentiam quoque accessoria vsurarum obligatio extincta censetur, maxime cũ vsuræ non peculiari actione, sed actione principali ad exigendam sortem comparata, exigi & peti soleant, Iohannes Borcholdt *d. c. 4. n. 28.*

Ad secundum argumentum ex *l. 8. §. fin.* petitum, eadem est responsio, loquitur enim de vsuris & non de reditibus annuis. Deinde cum textus dicit præscriptionem initium capere ex eo tempore quo debitor vsuras minime persoluit, si de annuis reditibus & non de vsuris loqueretur, ita sine dubio secundum *d. l. 7. §. fin.* intelligendus foret quod præscriptio singulorum redituum currere incipiat ab eo tempore, quo reditum istum creditor exigere cessauit, atque sic sententiæ nostræ nihil omnino quicquam obstaret.

Ad Tertium argumentum respondetur etsi singuli anni præscriptionum

initia præstent, vt verior habet Martini sententia, nihilominus tamen opus esse interruptione, non quidem ad impediendam præscriptionem redituum sequentium, sed ad vsurpandam præscriptionem redituum præteritorum annorum.

Ad Quartum argumentum respondeo omnem actionem 30. vel quadraginta annis præscribi, sed actionem natam, non vero nascituram, cum non entis nullæ sint qualitates, nullæ considerationes: Iam vero, vt supra fuit demonstratum, actio de reditibus sequentium annorum nondum est nata, cum non vna actio ad omnium annorum reditus exigendos competat, sed tot sint actiones quot sunt annui reditus, idcirco etiam præscribi nequeunt.

Ad Quintum & sextum respondeo etsi dies omnium annuarum pensionum statim ab ipso obligationis & contractus tempore cedat, petitionem tamen & actionem antequam dies venerit non nasci prout ipse fatetur Mindanus & euidenter quoque probat textus *in §. omnis. & seq. l. de verbor. obligat.* Cui consequens est id, quod supra dictum est, actionem & petitionem nondum natam præscribi non posse.

Ad Septimum argumentum respondeo, illud laborare quatuor terminis: Aliud quippe est in fructu haberi, aliud vero vsusfructus: Vsumfructum præscribi posse vetum est: at annui reditus non sunt vsusfructus vti per se est longe euidentissimum.

Ad Octauum argumentum respondetur illud concludere de vsuris & non de annuis reditibus. Deinde non loquitur de exceptione præscriptionis, sed de exceptione pacti *d. l. aduersus creditorem:* qui enim sciens minores vsuras accepit tacito pacto solutionem siue præstationem maiorum vsurarum remisisse intelligitur, proinde textus isti, vtpote in terminis præscriptionis non loquentes, plane impertinenter huc allegantur.

Ad Nonum & vltimum argumentum idem plane respondetur: quod enim in minore moneta per aliquot annos facta Vsurarum vel redituum solutio liberat debitorem à necessitate soluendi in moneta maiori, id non fit vi præscriptionis, sed potius vi tacitæ conuentionis, vti ex prædictis apparet.

Quocirca ex hisce luculenter patere existimo sententiam affirmatiuam fundamentis admodum lubricis niti nec per ea vllo modo sustineri posse.

Tertia opinio non videtur maioris esse momenti: Quod enim circa propositam quæstionem distingui non possit, sed siue ex stipulatione, siue ex vltima voluntate annui reditus debeantur perspicue probat textus *d. l. cum notissimi 7. §. fin. C. de præscript. 30. vel 40. annorum.* Nam ibi dicitur siue ex promissionibus, hoc est stipulationibus siue ex legatis per singulos annos & menses quid debeatur, tempora præscriptionum non ab exordio talis obligationis, sed ab initio cuiuscunque anni vel mensis computari: adeoque reiicit Iustin. Imperator aperte Accursii & Iohannis Glossarorum distinctionem inter stipulationem & legata.

Ratio autem quo distinctionem suam prædicti Glossatores fulciebant, satis infirma est: præsupponit enim id quod in quæstione est, quod scilicet vna sit actio omnium annorum reditus exigendos comparata: contrarium siquidem iam supra ostensum fuit, ex hac ratione quod cuiusque obligationis dies petitionem & actionem differat, quanquam obligationem nasci patiatur textus est *in d. §. 1. omnis. l. de verbor. obligat.* vbi Iustinianus ait in diem contrahi verborum obligationem, cum, adiecto die quo pecunia soluatur stipulatio fit, id autem

tem

tem quod ita in diem stipulamur statim quidem deberi sed peti, prius, quam dies venerit non posse, ac ne quidem eo die, in quem stipulatio facta est. Proinde quae ratio est annuorum redituum ex vltimis voluntatibus debitorum, eadem quoque est ratio & conditio annuorum redituum ex contractibus debitorum.

Constat igitur ex his satis abundeque annuos reditus ex earum rerum numero ac censu esse quae praescriptionem nullam admittunt.

Illis quoque Res dotales non iniuria annumerantur: Etsi enim rem dotalem alius à marito acceptam possideat longissimo tempore, eam tamen non vsucapit. Cautum hoc est diserte *in l. 16. ff. de fund. dot.* vbi dicitur etsi fundus qui antequam dotalis factus esset, possideri coeperat postea cum iam esset dotalis praescribi queat: Non tamen posse fundum dotalem vsucapi: Verba Tryphonini haec sunt: *Si fundum quem Titius possidebat bona fide longi temporis possessione poterat sibi quaerere, mulier, vt suum, marito dedit in dotem, eumque petere neglexerit vir, cum id facere potest, rem periculi sui fecit: Nam licet lex Iulia quae vetat fundum dotalem alienari, pertineat etiam ad huiusmodi acquisitionem: Non tamen interpellat eam possessionem, quae per longum tempus fit, si antequam constitueretur dotalis fundus, iam coeperat.* Obseruandum hic est quod ait Tryphoninus, legem Iuliam, quae vetat fundum dotalem alienari etiam ad vsucapionem pertinere: Vult igitur quod nec vsucapi possit fundus dotalis.

Et ratio etiam eius satis est euidens: Nam lege Iulia & postmodum Iustiniani Imperatoris constitutione diserte prohibitum est alienari rem dotalem à marito *tot. tit. D. gest. de fund. dotal. & pr. I. quib. alienar. licet vel non.* Vsucapio autem est species verae alienationis *l. 28. ff. de verbor. significat.* Quocirca etsi maritus patiatur rem dotalem ab alio longo tempore possideri, non tamen vsucapietur.

Res item publicae vsucapi non possunt, quia nec possideri à priuatis possunt, nec in priuatorum commercio esse possunt *§ vniuersitatis. I. de Rer. diuis.* nec alienari queunt. Et de hoc textus est rotundus & expressus *in l. 9 ff. de vsurpat. & vsucap.* vbi Gaius scribit: *Vsucapionem recipiunt maxime res corporales, exceptis rebus sacris, sanctis, populi Romani & ciuitatum item liberis hominibus.*

De rebus testamento alienari prohibitis nullum est dubium quandoquidem verbum alienationis vsucapionem quoque complectitur. *d. l. 28. ff. d. verbor. significat.* Res Fisci non posse praescribi expresse cautum est *in § Res fisci. I. de vsucap. & l. 2. C. commun. de vsucap.* adeoque dubium omnino nullum habet.

De bonis aduentitiis filii idem plane cautum & constitutum est *in l. 1. §. vlt. Cod. de annal. except.* vbi sic scribit: *Sancimus filiusfam. in omnibus his casibus, in quibus habent res minime patribus suis acquisitas, nullam temporalem exceptionem opponi, nisi ex quo actionem mouere potuerint, id est postquam manu paterna, vel eius, in cuius manu erant constituti, fuerint liberati. Quis enim eos incusare poterit si hoc non fecerint, quod et si maluerint, minime implere lege obuiante valebant.*

Ratio autem huius beneficii desumpta est ex ea ratione, propter quam vsucapio introducta est: Nam huius ratio inter caeteras haec fuit, quod culpa imputari possit dominis, si intra tempora vsucapioni praestituta passi sint procedere vsucapionem, cum per ea tempora agere possint & agendo vsucapionem interpellare; tempora autem ad agendum sufficerent abunde: At haec ratio cessat in filiisfam. siquidem per ea tempora iure actionem mouere non potuerunt, vt non potuisse lex scribit. Con-

sequens igitur fuit ne contra scientiam legis & æquitatem vsucapio aduersus filiosfam. per ea tempora procederet. Donell.5.*comment*.24.

Excipit denique Autor noster eos qui legitima & iusta ex causa impediuntur, quo minus agere possint. Sed hi, vt etiam ipse Author noster fateri cogitur, ipso iure vsucapionem admittere coguntur. sed restitutionem in integrum habent.

Quæst.17. *An ex causa ignorantia aliquis possit in integrum restitui contra præscriptionem?*

An vero iusta restitutionis causa sit ignorantia, vt si quis ignorarit res suas ab alio possideri, quæritur?

Non vtique desunt qui id affirment moti sequentibus rationibus.

1. In *l.3.in fine C.de præscript.30.vel 40. annor.* diserte Imperator scribit: *Nulli (aduersus præscriptionem) mouendi vlterius facultatem competere, etiamsi de legis ignorantia excusare tentauerit.* Vnde à contrario sensu colligitur quod ignorantia facti pariat facultatem vlterius mouenti, non obstante 30. annorum præscriptione. Et si hæc Imperatorum mens non fuisset, non restrinxissent hoc ad ignorantiam iuris.

2. Accedit huic & ista ratio quod non ex sola iusta absentia, sed ex alia qualibet iusta causa maioribus viginti quinque annis in integrum restitutio detur *l.1.ff. ex quib.caus.maior.* vbi in edictio prætoris quod ibidem proponitur hæc clausula subiicitur: *Si qua alia iusta causa esse videbitur in integrum restituam, quod eius per leges, plebiscita, SenatusConsulta, edicta, decreta principum licebit.*

3. Adde etiam textum *in l. Et Attilicinus. 35. de seruitut. præd. rusticor.* vbi aduersus præscriptionem expresse datur in integrũ restitutio verba legis hæc sunt: Et Attilicinus ait Cæsarem Statilio Tauro rescripsisse in hæc verba: Hi qui ex fundo Sutrino aquam ducere soliti sunt, adierunt me; proposueruntque aquam, qua per aliquot annos vsi sunt ex fonte, qui est in fundo Sutrino, ducere non potuisse, quod fons exaruisset & postea ex eo fonte aquam fluere cœpisse petieruntque à me, vt quod ius non negligentia aut culpa sua amiserant, sed quia ducere non poterant, his restitueretur.

Quorum mihi postulatio cum non iniqua visa sit, succurrendum his putari: Itaque quod ius habuerunt cum primum ea aqua peruenire ad eos non potuit, id eis restitui placet.

4. Insuper pro hac opinione sic argumentantur: Restitutio in integrum est remedium iuris extraordinarium, ideo ordinariis non excluditur, *argum.l. postquam litem.ff.de pact.*

5. Denique cum præscriptio maxime in odium res suas negligentium sit introducta, ignorans autem, & quidem iusta ex causa ignorans res suas possideri & præscribi, non possit dici res suas neglexisse, sequitur quod ei detur in integrum restitutio aduersus præscriptionem longi aut longissimi temporis.

Veruntamen his nihil penitus motus contrariæ opinioni firmiter inhærendum puto: Idque ob sequentes rationes.

1. Quia *in l.Omnes.4. C.de præscript. 30.vel 40. annorum.* is qui rem aliquam longissimo tempore præscripsit, dicitur *plenissima securitate munitus.* Non autem plenissima securitate munitus esset, si in integrum restitutionem aduersus præscriptionem suam metuere cogeretur.

2. Quia *in l. final. in fine. C.de longi temp. præscript.* aperte scribitur in præscriptione rerum nullam scientiam aut ignorantiam esse expectandam.

3. Denique quia aduersus bonum publicum nulla datur restitutio: Vsucapio

pio autem bono publico est introducta *l.1.ff.de vsucap.* Quapropter aduersus eum restitutio in integrum non compete-.

Ad contraria prioris opinionis fundamenta facile responderi potest. Et quidem ad primum illud à contrario sensu *ex d.l.3*, deductū respondetur illud contra textus modo adductos nil quicquam valere: Quod autem Imperatores expressam ignorantiæ iuris mentionem faciunt, id non eo consilio factum quasi ad hanc solum iuris ignorantiam constitutionem suam restringere voluerint: sed quod ipsis in constitutione de ignorantia iuris propositum fuerit. Ad hæc vnius inclusio non est protenus alterius exclusio, maxime vbi id, quod hic omissum est alibi aperte includitur, cum lex cum lege conferri & vna ex altera explicari & suppleri debeat. Denique quod Impp. *in d.l.3.* voluerint iuris ignorātiā excludere clare patescit ex §.6.

Ad secundum respondetur allegatam clausulam: *Si qua alia mihi iusta causa esse videbitur*, non spectare ad alias causas integrum restitutionis, sed ad alias causas absentiæ & hoc velle prætorem, quod si alia iusta absentiæ causa, præter in edicto enumeratas, apparuerit, tunc in integrum restitutio concedi debeat; Idque interprete ipso ICto *in l.26.ff. ex quibus caus.m integr.* vbi prædictam clausulam de iustis absentiæ causis, aperte interpretatur.

Ad tertium argumentum ex *d.l. Atticinus* petitum, responsio expedita est, quod nempe illic non concedatur restitutio in integrum ex causa ignorantiæ, sed quia aqua longo tempore duci nequiuerit. Deinde non loquitur iste textus de restitutione in integrum, quam prætor in suo edicto pollicetur, sed de restitutione plane extraordinaria, quæ à principe seu Imperatore extra ordinem conceditur.

Ad Quartum respondetur: Quod dicitur, ordinarium remedium non excludere extraordinarium, id hactenus verum esse, quatenus non apparet, legumlatorem extraordinarium remedium excludere voluisse. Atqui in præsenti casu Impp. hoc egisse vt excluderetur extraordinarium restitutionis remedium, plus quam manifestum est.

Ad vltimum argumentum respondetur, non tam odio dominorum res suas negligentium, quam propter bonum publicum vsucapionem fuisse introductam, ne scilicet dominia rerum sint in incerto *l.1.ff. de vsucap. pr. l. eod. tit.* præterea si argumentum hoc quicquam concluderet, euinceret sane vsucapionem aduersus ignorantes plane non procedere; quod tamen dictu foret longe absurdissimum.

RESOLVTIO THESIS *Quarta.*

Vsucapionum in species distributio sumitur à tempore, & merito quia vsucapio prout supra quoque ostensum est, nihil aliud est, quam longi temporis possessio.

Quæst.13. An tempus vsucapionis computetur ciuiliter de die in diem ita vt cæptus dies postremus pro completo habeatur?

Quomodo autem illius possessionis anni computari debeant, non ita expeditum esse videtur.

Et quidem primo fronte verior sententia esse videtur, quod annum vltimum cœptum pro completo haberi oporteat. Id quod sequentibus efficitur rationibus.

1. In *l.5. ff. qui testam. facere possunt.* Vlpianus ICtus ita scribit: *A qua ætate testamentum vel masculi, vel fœmina facere possunt? Videamus, verius est in masculis quidem quartumdecimum annum spectandum in fœminis vero duodecimum completum. vtrum autem excessisse quis debeat quartumdecimum annum, vt testamentum facere possit? An sufficiat complesse? Propone aliquem Calendis Ianuarii natum*

testamentum ipso natali suo fecisse quarto decimo anno, an valeat testamentum? Dico valere, plus arbitror, etiamsi pridie Kalendarum fecerit post sextam horam noctis, valere testamentum. Iam enim complesse videtur annum quartum decimum, vt Marciano videtur. His verbis Vlpianus aperte ostendit quod annos pubertatis vltimus cœptus pro completo habeatur: Proinde & vltimus annus vsucapionis cœptus pro completo habebitur: Nec enim ratio vlla diuersitatis assignari potest.

2. In *l. 8. Digest. de minoribus* asseritur ante annum vigesimum quintum neminem ad munera admitti, minores proinde 25. annis ad honores admitti non debere: Subiicit autem Vlpianus: Annum 25. cœptum pro completo haberi.

3. Pari modo *in l. 74. ff. ad Sc. Trebell.* Cum testator iussisset hereditatem suam filio restitui cum ad annum vicesimum ætatis peruenisset dicitur annum cœptum pro completo haberi: Pari itaque modo annus vsucapionis vltimus cœptus pro completo habetur.

4. Denique cum L. Ælia Sentia cautum esset, nec minor viginti annis aliter quam vindicta manumitteret, quæsitum fuit, vtrumne annus postremus, nempe vigesimus debeat esse completus, an sufficiat diem postremum anni vigesimi cœptum esse? Et respondet Vlpianus placuisse eum, qui Kalendis Ianuariis natus post sextam noctis pridie Calendas, quasi annum vicesimum compleuerit, posse manumittere, *in l. 1. ff. de manum.*

Cum igitur iure nostro vbiuis fere annus vltimus aut dies vltimus cœptus pro completo habeatur, nulla ratio dari posset cur non & tunc, cum de vsucapione quæritur, vltimus dies vel annus cœptus pro completo haberi deberet.

5. Et pro hac sententia est etiam textus expressus & specialis *in l. penult pr. ff. de diuers. tempor. præscript.* vbi Venuleius ait: In vsucapione ita seruatur vt etiamsi minimo momento nouissimi diei possessa sit res nihil ominus repleatur vsucapio, nec totus dies exigatur ad explendum constitutum tempus.

Veruntamen pro contraria sententia, quod vltimus vsucapionis cœptus non debeat haberi pro completo, videtur textus esse *in l. 3. §. 3. ff. de minoribus.* vbi sic scribitur: *Maiorem autem viginti quinque annis natu videndum, an etiam diem natalis sui, adhuc dicimus ante horam qua natus est, vt si captus est restituatur, & cum nondum compleuerit, ita erit dicendum, vt à momento ad momentum tempus spectetur; proinde & si bis sexto natus est, siue priori siue posteriore die, Celsus scribit, nihil referre, an id biduum pro vno habeatur & posterior dies Kalendarum intercalatur.*

Ex his igitur verbis palam constat quod annus postremus cœptus pro completo non habeatur, sed in iure de momento in momentum vsucapionis currat.

2. Idem secundo probari videtur per textum *in l. 6. ff. de obligat. & act.* Ibi enim Paulus hoc modo scribit: *In omnibus temporalibus actionibus nisi nouissimus totus dies compleatur, non finit obligationem.*

Cæterum contrariam sententiam multo veriorem esse iudico, propter textum apertum *in d. l. penult.*

Nec mouent hæc argumenta modo in contrarium adducta: Nam quod ad *d. l. 3. §. 3.* attinet, loquitur ille de in integrum restitutione minorum quæ singulari minorum fauore, quo scilicet diutius beneficium in integrum restitutionis gaudeant, receptum est, vt annus cœptus non habeatur pro completo, sed de momento ad momentum currat: Vsucapio autē quodammodo odiosa esse videtur, quoniā suum aufert domino vero & æquitati naturali repugnat vt dicemus infra suo loco.

Ad secundum ex *d. l. 6. ff. de obligat. & action.*

actionem deductum, respondetur eam loqui de actionibus personalibus, hac lege datis, vt si non egerit intra statuta tempora, excluditur ab agendo & ideo diem completum non tantum cœptum esse oporteat: ita Treutlerus.

Hubertus Giphan. *in comment. ad d. l. 6.* Ideo ait vltimum diem in vsucapione cœptum haberi pro completo: In actionibus vero temporibus non item, quia vsucapio fit ciuilis: In ciuilibus autem tempus fere à momento ad momentum computari *l. bona fidei. ff. de acquir. poss.* Deinde quia vsucapio inducta est bonæ publico, id est ad securitatem possessionum, ne dominia diu essent in incerto & ad finiendas lites *l. 1. ff. de vsucap. & l. vlt. ff. pro suo.*

Quæ. 19. *An actio iniuria realis ex L. Cornelia descendens sit temporalis?* De actione iniuriarum ex lege Cornelia descendente, quæstio est an sit perpetua an vero annali præscriptione extinguatur?

Et quod sit annalis, ita vt si post annum actionem instituat iniuriatus remoueri possit præscriptionis exceptione, non ignobiles ICti & legum Interpretes statuerunt. Ita enim inter alios statuunt Hieron. Schutff. 1. *consil. 12. nu. 5.* Anton. Gomezius *3. Variar. Resolut. 6. nu. 15.* Rofs. *in crimin. prax. tit. de iniur. 23.* Wurmser. *in pract. obseruat. tit. 47. obseru. 1.* Argumenta quibus hanc in sententiam modo allegati Interp. mouentur, hæc sunt.

1. Omnes leges, inquiunt, & omnia iura ad Reipublicæ commodum non solum accommodari, sed etiam si de illis dubium aliquod inciderit, exinde interpretari conuenit; cnm vniuersæ leges vtilitatem ac salutem Reipubl. ceu scopum, sibi præfixam habeant. Iam vero ad vtilitatem, commodum & salutem Reipublicæ pertinet, actionem iniuriarum ex lege Cornelia descendentem, potius anno extingui præscribi & temporalem quam perpetuam esse; quia nihil magis interest Reipublicæ quam discordias, rixas & contentiones inter ciues sedari ac sopiri, contra vero concordiam vigere, ob quam etiam causam præscriptio & vsucapio introducta est, prout suo loco dicetur. Quocirca in dubio hoc ista potius amplectenda est sententia quod actio iniuriarum, ex lege Cornelia descendens, sit temporalis atque annalis, quam vt perpetua esse dicatur.

2. Accedit huic quod actio iniuriarum anno præscribatur, textus apertus & generalis *in l. 5. C. de iniur.* cuius verba ita sese habent. *Si non conuicii consilio te aliquid iniuriosum dixisse, probare potes, fides veri te à calumnia defendit: Si autem in rixam, inconsulte calore prolapsus homicidii conuicium obiecisti, & ex eo die annus excessit, cum iniuriarum actio annuo tempore præscripta sit, ob iniuria admissum, conueniri non potes.* Ecce hic expresse & generaliter dicitur actionem iniuriarum anno finiri.

3. Quin & fauor rei conuenti hanc ipsam sententiam sustinere haut parum videtur: Etenim notissimum est reos longe fauorabiliores esse actoribus, siue accusatoribus, quoniam, vt inquit ICtus *in l. Arrianus. ff. de obligat. & act.* semper ptoniores ac procliuiores esse debemus ad liberandum, quam ad contemnandum, sed longe satius est absolui nocentem quam innocentem condemnari. Vnde etiam DD. profecta est maxima est regula quod in dubio pro reo pronunciari debeat. Secundum hæc igitur dicendum est, quod, cum hic maxime ab Interpretibus dubitetur, anne actio iniuriarum ex lege Cornelia defendens perpetua sit an temporalis, ea sententia amplectenda sit quæ reo fauet, ita vt temporalis atque annalis statuatur actio non vero perpetua.

4. Huic argumento affine est & istud quod in dubio semper benignior

sententia sit arripienda *l. 56. l. 168. l. 192. ff. de Reg. Iur.* maxime vero in odiosis & cum de infligendis pœnis quæritur *c. odia de Reg. Iur. in sext.* Iam vero negari non potest hanc sententiam, quod actio iniuriarum ex lege Cornelia descendens, anno finiri & extingui debeat, longe esse fauorabiliorem contrariâ, vtpote quæ propinquior & vicinior sit mansuetudini, clementiæ & humanitati, conscientiam quoque in tutiorem constituat statum & denique Christianæ charitati & dilectioni magis conueniat.

5. Tritum insuper ac vulgare est iuris axioma quod vbi eadem est ratio, ibi quoque eadem debeat esse iuris dispositio: argumentum quippe ab identitate ac paritate rationis deductum, teste Euerhardo in topicis, longe est fortissimum, vt quod ex eo sumatur quod animi est legis. Iam vero in actione quæ descendit ex L. Cornelia, eadem plane obtinet ratio, ob quam actio iniuriarum prætoria annalis est ac temporalis: Nam idcirco hæc præscriptione annali extinguitur, quia spectat ad vindictam iniuriæ & vltionem, adeoque maxime odiosa est, & quia insuper infamiam habet coniunctam *l. 7. §. 2. ff. de iniur. & l. 2. §. 4. ff. de collat. bonor. l. 1. ff. de his qui not. infam.* Sicut igitur ex hac causa actio prætoria iniuriarum est annalis; ita quoque actio iniuriarum ciuilis, Lege Cornelia introducta temporalis erit & annalis.

6. Et sane si in actione iniuriarum ciuili aliud quam in actione iniuriarum prætoria aliud statuendum esset, ratio quoque diuersitatis reddenda foret: Iam vero nemo hactenus extitit ex omnibus illis, qui contrariam sententiam tuentur, qui eam assignare ausus fuerit, idcirco etiam diuersitas ac differentia temere constitui non debet.

7. Idque inprimis ex hac ratione quia nulla lex, nulla omnino principis constitutio in medium adduci potest, quia probetur actionem iniuriarum Legis Corneliæ perpetuam esse. Atqui si, quoad propositum, ab actione iniuriarum prætoria quicquam differret, vtique hoc lege aliqua expressum esset.

8. Quin & hoc adducere solent fundamentum, quod non omnino contemnendum esse videtur; Ob negligentiam creditorum præcipue actionum præscriptio introducta est, quam negligentiam ita omnino coercendam Imperatores existimarunt vt si intra tempus præfinitum non egerint creditores, actionibus priuarentur, prout intelligitur ex *L. fin. Cod. de annal. except.* Quocirca cum intra præfinitum tempus, annum videlicet, iniuriatus actione iniuriarum legis Corneliæ non fuerit expertus, merito propter hanc negligentiam iure agendi priuetur: Hoc quippe sibi suæque socordiæ imputare acceptumque ferre debet.

Cæterum etsi hæc opinio speciosis minimeque contemnendis argumentis nitatur, nec Authoritatibus præstantissimorum ac peritissimorum ICtorum destituatur, vti ex prædictis relucere videtur, non tamen adduci possum vt illi subscribam & calculum meũ adiiciam.

Etenim regula est, pluribus in locis iuris nostri fundata, repetita & inculcata, quod nulla actio ciuilis annali spacio extinguatur, sed ad omnem actionem ciuilem, siue pœnalis sit, siue rei persecutoria, extinguendam opus sit longissimi temporis præscriptione, triginta vel quadraginta annorum. Traditum hoc est à Iustiniano Imperatore *in princip. I. de perpet. & tempor. act. & in l. 3. & 4. Cod. de longiss. temp. præscript. 30. vel 40. annor.* Iam vero nuspiam in toto iure ciuili reperitur ab hac regula actio iniuriarum iuris ciuilis excepta: proinde sub regula ista contineri intelligitur, ita vt non extinguatur anno, sed sit perpetua & tempore longissimo 30. vel 40 annorum præscriptione extinguatur.

Veruntа-

Veruntamen hoc argumentum dissentientes hoc modo diluere & dissoluere conantur, aiunt à prædicta & modo allegata regula excipi actionem legis Corneliæ per expressum textum *d. l. 5. C. de iniur.* vbi generaliter & indistinctè ab Imperatoribus rescribitur actionem iniuriarum esse annalem & anno præscribi: Nulla inquiunt, ibi reperitur inter prætoriam & ciuilem iniuriarum actiones distinctio, quapropter nec nostrum erit distinguere. Speciosa sane est hæc responsio si obiter saltem consideretur: At diligentius perpensa nullius profecto roboris est vel efficaciæ. Quod enim textus ille loquatur de actione ex L. Cornelia ciuili, satis ex ipso textu relucet. Nō enim ibi agitur de iniuria reali quam actio legis Corneliæ solam persequitur, *§. sed & lex* 8. *l. de iniur.* sed aperte loquitur illic Imperator de iniuria verbali, de obiecto homicidio, qualem iniuriam persequitur duntaxat actio prætoria. Nec huic interpretationi obloquitur quod ratio qua illic vtuntur Imperatores sit generalis & de actione iniuriarum indistinctè concepta, dum idcirco à persequenda iniuria Imperatores dicunt excludi iniuriatum cui crimen erat obiectum quia iniuriarum actio annuo tempore sit præscripta: ita vt hæc ratio ad speciem *d. l. 5.* non restringatur, sed saltem vt regula generalis ad eandem accommodetur. Nam ex ipsa lege & verb. eius satis relucet quod ratio prædicta non sit generalis de quauis iniuriarum actione concepta; nec enim dicunt Imperatores *quia actio iniuriarum annuo tempore præscribitur*, sed aiunt, *cum actio iniuriarum annuo tempore præscripta sit*: Verba proinde ista diserte & in specie loquuntur de actione iniuriarum ea quæ in specie illic proposita competebat de iniuria verbali, obiectio homicidi crimine illata. Mens proinde ac sententia *d. l. 5.* hæc est, de crimine obiecto iniuriatum actione non amplius iniuriatum experiri posse, quia actio quæ alias nomine istius verbalis iniuriæ competiisset, annuo tempore sit præscripta.

Stat igitur firma atque immota sententia nostra, quod actio iniuriarum ciuilis ex Lege Cornelia, de iniuria reali competens, sit perpetua, nec annali præscriptione extinguatur.

Non aduersatur contrariæ opinionis primum argumentum: Tametsi enim è Republ. sit rixas & contentiones atque lites quam citissime sopiri. Interest tamen vicissim quoque Reipublicæ homines petulantes ac sceleratos, alios honestos viros iniuria atroci afficientes petulantiæ ac sceleris sui debitam ac promeritam pœnam sentire *l. 51. ff. ad L. Aquil. l. Eum qui nocentem. ff. de iniur.* vbi dicitur, *peccata nocentium nota esse & oportere & expedire.*

Deinde si hæc ratio ponderis alicuius esset, exindeque actio iniuriarum legis Corneliæ annalis dicenda & constituenda foret, pari ratione inferendum & concludendum foret omnes in vniuersum actiones annali præscriptione extingui oportere. At hoc absurdum & legibus aperte contrarium, aliud quippe de actionibus in genere sancitum ac constitutum reperitur *in d. l. 3. & 4. C. de præscript. 30. vel 40. annorum. & tit. l. de perpet. & temp. action.*

Ad secundum argumentum ex *d. l. si non conuicii 5. C. de iniur.* desumptum iam satis responsum est: quod enim non de actione ciuili ex lege Cornelia, de qua præsens instituta est disputatio, loquatur, ex verbis eius & facti specie ibi proposita ac decisa manifestissime relucet.

Ad argumentū tertio loco propositum & ex fauore reorum deductū nō est difficilis responsio: primo enim non decet

iudicem clementiorem esse legibus & illum absoluere quem condemnare ac punire iubent leges, cum officium eius sit secundum leges iudicare ac pronunciare *tot. tit. I. de offic. iudic.* proinde non potest iudex, in proposito, ita fauere reo vt, anno praeterlapso, ab iniuriarum actione ciuili reum absoluat, quem condemnari eum esse *l. 3. & 4. C. de 30. vel 40. annor. praescript.* pronunciant. Insuper quod dicitur vulgo & in regula quoque iuris habetur, reos esse fauorabiliores actoribus id verum est cum de facto nondum liquet, nec satis constat sitne criminis illius reuera reus, cuius reus ab actore seu accusatore agitur. At quando de facto ipso atque de delicto constat nequaquam leges pro reis contra actores, sed potius pro actoribus contra reos interpretari conuenit per textus *in l. Aut facta. §. fin. ff. de poen. l. 3. C. de episcop audient.* Henric. Salmuth. *in comm. in Pancicoll. lib. 1. tit. de Fibula.* Maxime cum Reipublicae salus quoque in eo consistat vt delicta puniantur *l. 51. §. 2. ff. de L. Aquil.* & vt per legitimos tramites calumniantium iniquitates expellantur *pr. I. procem.* Absurdum proinde foret leges, in odium facinerosorum latas, in eorundem fauorem interpretatione quadam detorqueri.

Ad argumentum quarto loco, ex clementia, humanitate & praesertim Christiana charitate & mansuetudine desumptum respondeo, non hic iam quaeri quid clementia, quid humanitas, quid mansuetudo & Christiana charitas suadeant, sed potius quid leges, secundum quas iudici pronunciandum est, praecipiant, quid sanciant & quid constituant. Iam vero supra euicimus argumento plane inuicto & ferreo quod leges ciuiles actionem iniuriarum ex L. Cornelia iubeant ac velint esse perpetuam *d. l. 3. & 4. C. de 30. vel. 4. annor. praescript.* hoc igitur iudici in pronunciando obseruandum est. Equidem iudex in iudicando prae oculis habere debet aequitatem, humanitatem, mansuetudinem & Christianam charitatem, sed non ita vt leges propterea aliud clare ac perspicue sancientes spernat. Praeterea in dubio saltem, cum de legis mente ac voluntate non perinde liquet: At vbi leges clare quippiam disponunt, prout in hoc nostro casu fieri ostendimus, nequaquam ab eo, sub quodam aequitatis ac humanitatis praetextu, iudici recedere licet *l. prospexit. ff. qui & à quibus manum. ff.* Insuper argumentum istud ostendit solum quid facere possit ex Christiana charitate iniuriatus, non etiam quid iure facere cogatur. Denique considerandus quoque ac probe perpendendus est Christianae Charitatis ordo, qui hic est vt initium à se ipsa faciat Christiana Charitas: Nec enim Christiani est proximum magis diligere quam se ipsum, sed ita eum diligere vt se ipsum: Quocirca, hoc charitatis ac Christianae dilectionis ordine obseruato, dicendum erit decere vnumquemque Christianum ab alio iniuria affectum, honorem & existimationem suam vindicare, & ita ad condonandum proximo esse procliuem vt se & existimationem non negligat. Charitas igitur Christiana adeo non sustinet contrariam opinionem, vt etiam si secundum eam legum interpretatio fieri deberet, dicendum esset actionem iniuriarum omnem perpetuam esse debere quo quisque honorem suum eo melius tueri & vindicare queat.

Ad Quintum argumentum ex paritate rationis depromptum respondeo nequaquam eandem esse rationem actionis praetoriae & actionis ciuilis iniuriarum: Constat siquidem actiones praetorias poenales esse temporales & annales *tit. I. de perpet. & tempor. act.* proculdubio ex hac ratione quia olim iurisdictio praetoris cuiusque annua duntaxat

tantum fuerit. Actio autem ex L. Cornelia est ciuilis, ciuiles autem actiones omnes sunt perpetuæ *d. tit. I. de perpet. & temp. act. l. 3. & l. 4. C. de præscript. 30. vel 40. annorum.* Deinceps & hæc assignari potest diuersitatis ratio quod prætoria iniuriarum actio verbales, ciuilis vero iniuriarum actio ex lege Cornelia tantum reales iniurias persequatur; iniuriæ autem reales longæ sint atrociores verbalibus; & non absurdum nec inconueniens, sed rationi plane consentaneum sit actionem prætoriam verbales iniurias persequentem citius extingui quam actionem ciuilem ex L. Cornelia.

Qua diuersitatis ratione considerata, corruit sua sponte sextum argumentum, quo negabatur vllam inter vtrumq; iniuriarum actionem, diuersitatis rationem inueniri ac reddi posse.

Sic etiam septimum argumentum, quo negabatur vlla lege aut principis constitutione probari posse quod actio ex L. Cornelia sit perpetua, ex prædictis satis superque refellitur. Demonstratum siquidem est textu satis perspicuo *d. l. 3. & l. 4. C. de præscript. 30. vel 40. annor.* quod actio prædicta ex lege Cornelia descendens, sit perpetua. Et quanquam specialis textus, in quo diserte nominatim atq; in specie de actione iniuriarum ex L. Cornelia asseratur quod sit perpetua, fortassis produci non possit; sufficit tamen demonstratum esse quod sit ciuilis: Huic enim consequens est quod annali præscriptione non extinguatur, sed vitã suam ad trigesimum vsq; annũ extendat. Et sane si propterea actio temporalis dicenda foret quia contrarium speciali lege cautum non reperitur, multæ profecto actiones ciuiles, ex contractibus quoq; descendentes dicendæ forẽt temporales vt de quibus in specie hoc expressum nõ reperiatur ꝙ sint perpetuæ. Verum huc vulgare istud axioma accõmodari debet: Quicquid de genere prædicatur, idem quoque de singulis speciebus, sub eo genere contentis, prædicandum esse; hĩc regulæ tandiu stãdum donec exceptio clare ac perspicue demonstrata fuerit: Conantur quidem dissentientes exceptionem demonstrare ex *d. L. 5. C. de iniur.* sed frustra, quoniã ille textus non de hac sed de prætoria saltem iniuriarum actione loquitur, prout liquido ostensum fuit.

Octauum & postremum argumẽtum leuis admodum est ponderis & exigui momenti si enim quicquã probaret & ad rem præsentem faceret, euinceret etiam simul ꝙ omnes actiones extingui debeant annali præscriptione propter negligentiã actorum ius suum negligentium & intra annũ de iure suo non agẽtium; sed hoc tempus ad excludendos à iuris sui persecutione actores angustius visum fuit, proinde longius tempus annorũ videlicet triginta ad ius suum persequendũ illis indultum est *d. l. 3. & d. l. 4.* Quod autem pœnales actiones prætoriæ sint annales & temporales ratio non consistit in negligentia actorum, sed potius, vt constans est Interpretum sententia, in eo quod prætorum iurisdictio olim non perpetua, sed annalis duntaxat & temporalis fuerit.

Relinquitur proinde quod actio iniuriarum, ex L. Cornelia descendens, non sit annalis sed perpetua & demum 30. annis præscribatur. Quæ. 20.

Annus quo prætoria iniuriarum actio præscribitur, vnde computari debeat?

Vnde porro tempus istud annale actioni iniuriarum prætoriæ præfixum computari debeat, vtrum à die illatæ iniuriæ, an vero à die scientiæ, non perinde inter iuris Interpp. constat? Sunt enim qui statuant quod tempus quo iniuriarum actio præscribitur, sit continuum & à die illatæ iniuriæ computari debeat. Ita propter Farinac. *lib. 1. de inquisit. tit 1. q. 20. nu. 22.* Mynsinger *cent. 4. obseruat. 7. n. 1.* Iulius Clarus *lib. 5. sent. § iniuria n. 9.* Matth. Wesenbec. *in paratit. ff. de iniur. n. 13. & Consil. 22.*

fil.22.n.6.part.1. Mouentur autem hisce sequentibus fundamentis.

1. In *l.si non conuicii.5.C.de iniur.* præscriptio actionis iniuriarum, ex eo statim tempore quo facta est iniuria initium sumere annuoque spacio absolui rescribunt aperte Imperatores hisce verbis: *Si non conuicii consilio te aliquid iniuriosum dixisse probare potes, fides veri à calumnia te defendit: Si autem in rixam inconsulto calore prolapsus, homicidii conuicium obiecisti, Et ex eo die annus excessit, cum iniuriarum actio annuo tempore præscripta sit, ob iniuria admissam conueniri non potes.* Ecce hic statim ab eo die, quo crimen homicidii obiectum iniuriaque illata fuit dicitur annalis præscriptio currere.

2. Facit præterea huc etiam textus *in l. vltim. C. de long. temp. præscript.* vbi asseritur præscriptionem longi temporis, hoc est decem inter præsentes & 20. annorũ inter absentes etiam ignorantibus currere; in verbis: *Nulla scientia vel ignorantia expectanda.*

3. Accedit his etiam textus *in l. vltim. C. de dolo malo.* vbi actione doli, quã constat esse prætoriam & insuper pœnalem, non ex eo die quo quis de dolo admisso certior est redditus, sed ex eo die, quo dolus est admissus, præscriptio currere incipit: Idem ergo etiam in præscriptione actionis iniuriarum videtur admittendum esse, vt tempus eius non sit vtile, sed continuum.

4. Confirmat hanc eandem sententiam & ratio, vt apparet satis euidens & perspicua, quod nempe dilationes, quãtum fieri potest, sint amputandæ & restringendæ, maxime vero in actionibus & iudiciis, cum Reipubl. intersit lites quam citissime sopiri nec inter ciues esse immortales *l. 2. pr. Cod. de tempor. & reparat. appellat. l. properandum. C. de iudic.*

5. Postremo illud quoq; huc nonnihil facere videtur quod in dubio tempus præscriptionis continuum esse intelligatur *l. Mora. 8. ff. de feriis. l. 1. C. eod. l. 3. in fine C. de dilat.* Igitur hoc etiam loco cum maxime in dubio versemur, tempus præscriptionis actionis iniuriarum pro continuo non pro vtili haberi debet.

Verum enim vero, etsi hæc sententia speciosis admodum rationibus nitatur; mihi tamen contraria opinio longe verior esse videtur.

1. Quia ratio, ob quam præscriptio contra actiones prætorias pœnales introducta est, consistit potissimũ ac principaliter in mora & negligentia non agentium, quam leges impunitam esse noluerunt *l. 1. §. fin. ff. de annal. except.* iam vero ignoranti se iniuria affectum esse, non potest vlla mora aut negligentia iuste opponi & imputari quod supra ista iniuria quam sibi illatam esse ignorat, iniuriarum actione non experitur: Quocirca deficiente ratione ac fundamento præscriptionis, merito ipsam quoque præscriptionẽ cessare ac deficere necessum est *l. genero, 8. in verb. Ne ignornatia puniatur ff. de his qui not. infam.*

2. Insuper cum actio iniuriarum prætoria annali præscriptione tollatur adeoque tempus huic actioni præfinitum, intra quod moueri & institui possit satis sit angustũ, contra vero iniuria sit crimen satis graue, vt quod famam, honorem & existimationẽ, quæ cum vita pari passu ambulat, & hominibus ingenuis potior & charior esse debeat ipsa vita, lædat; Idcirco satis foret durum, iniuriatum actione iniuriarum, qua formam suam & honorem tuetur, etiam ob solam iniuriæ illatæ ignorantiam priuari & tempus illud actionis iniuriarum satis per se angustum, adhuc etiam magis ex ignorantia iniuriati coarctari & restringi.

3. Et quid, obsecro dicendum foret si iniuriatus demũ post annum ex quo iniuria affectus fuit rescisceret iniuria se esse affectũ, an propter solam illius ignorantiam actio ipsi denegabitur, & iniuriam vindi-

vindicare prohibebitur? Durum sane hoc foret ac propè iniquum; Cum præsertim & alias ignorantia facti alieni non soleat cuiquam nocere *l.3.4.6.7.&8.ff. de iur.& fact.ignorant.*

4. Ad hæc constat quod prætores in edictis suis, anni mentionem facientes vt plurimum ac regulariter vtilem annũ intelligant, prout multis legibus & exemplis liquido probari potest *l. 14. §. in causæ.ff.quod met.caus.l.1.ff.quando de pecul. act.l.vltim.C de tempor.in integr.restit.l.1. in pr.ff.si is qui test.liber esse.l.1.§.annus 39.ff. de vi & vi armata.l.19. ff. de minoribus.l.19 §. vlt.ff. de ædilit. edict.* Verisimile proinde est etiam *in d.l.5.C.de iniur.* & alijs textibus consimilibus vbi anno præscribi dicitur iniuriarum actio, annum intelligi vtilem & non continuum.

5. Non parum etiam roboris sententiæ huic addit quod hæc sententia, teste Andrea Gailio *lib.2.obseruat. 105. nu. 8.* & Mynsingero *cent. 5.obseruat. 7.* vsu & in summo Imperii dicasterio sit recepta: Ab eo autem, quod vsu receptum est temere recedi non debet, cum vsus & cõsuetudo optimus sit legũ interpres.

6. Postremo stabilitur etiam hæc sententia Authoritatibus præstantissimorum iuris interpretum: Ita enim Andr. Gail. *d. obseruat. 105.* Mynsing. *d. obseruat 7.* Harpr. *in tractat. criminal. tit. de iniur. §. Hac actio. num. 28.* Fachin. *9. controuers. c. 8.* Gilhaus. *de iniur. §. 11. num. 2.* Quibus & ego haut inuitus subscribo.

Nec moueor *d.l.si non conuicii. 5. Cod. de iniur.* Nam verum quidem est quod illic annus, quo iniuriarum actio præscripta dicitur, à die obiecti conuicii cõputetur, verum illud etiam considerandum est quod in casu ibi Imperatoribus proposito conuicii homicidii præsenti in faciem fuerit obiectum, adeoq; ipsi statim à tempore illatæ iniuriæ constare cœperit, vt ita tempus iniuriæ factæ cum tempore scientiæ plane coincidat.

Ad secundum argumentum ex *l. vltim.C.de longi temp præscript.* desumptum respondetur consequentiam negando, quia præscriptio longi temporis de qua illic agitur primo ac principaliter nõ ob negligentiam non agentis puniendam sed inprimis propter bonam fidem possessoris introducta est: Atqui præscriptio actionum propter negligentiã non agentis introducta est primo ac principaliter, igitur merito scientiæ ratio habetur: Nam, prout eleganter Gailius ait, in omni præscriptione, quæ ex alicuius negligentia currit, necesse est vt initio ponantur ea, quæ negligentiam inducunt *l.1.§. final. ff. de annal.except.* Ignorantia autem nullam negligentiam inducit, sed solum scientia & ideo præscriptio actionum contra ignorantem non currit, sed solum contra scientem.

Consimiliter assertioni nostræ non refragatur *d.l.vltim.C.de dolo malo.* Nã actio doli iure antiquo vtili saltem anno expirauit, sed cum hoc occasionem litibus præbuisset, constituit Imperator Constans vt actio doli in posterum biennio, sed continuo præscriberetur, eaq; biennii præscriptio curreret, non à die scientiæ, sed à die admissi doli. Quocirca, præterquam quod hæc lex & constitutio Constantis non de iniuriarum actione, sed actione doli loquatur, nõ agit etiam de præscriptione annali, sed de præscriptione biennali cuius tempus esse cõtinuum non tam est iniquũ atq; si præscriptionis annalis tempus continuũ statueretur. Deniq; ex eo ꝙ peculiari & speciali constitutione de actionis doli præscriptione sancitũ est, ad reliquarũ actionũ, & in specie ad actionis iniuriarum præscriptionẽ extendendum & accommodandum erit. Accedit quod dolus circa rem alicuius commissus non sit tantum crimen, quantum est iniuria, & ideo etiam cum ipsius qui dolum passus est, tum Reipubl. non ita intereest puniri dolum

dolum atque eorum intereſt vindicari & coerceri crimen iniuriæ; cum & tantum damnum per nudum ac ſimplicem dolum non inferatur, atque per iniuriam, qua res omnium precioſiſſima & vita etiam charior læditur, fama ſc. & exiſtimatio: Abſurdum igitur non erit actionem doli biennio continuo, actionum iniuriarum anno vtili præſcribi.

Ad quartum argumentum reſpondeo dilationes quidem amputandas eſſe quantum fieri poteſt, ſed hic fieri commode non poſſe vt annale tempus, actioni iniuriarum mouendæ præfinitum, iam tum per ſe alias ſatis anguſtum, amplius adhuc coarctetur & ad continuum annum reſtringatur: Maxime cum vtilitas Reipubl. talem coarctationem non patiatur, vt quæ flagitet delicta puniri: Iam vero admiſſa huiuſmodi reſtrictione & coarctatione, eueniret frequenter vt, poſt annum demum de iniuria certior factus iniuriatus, experiri & iniuriarum agere non poſſet, atque ſic maleficium hoc, quod puniri plurimum intereſt Reipubl. plane impunitum maneret.

Ad quintum reſpondetur id quod dicitur, tempus præſcriptionis in dubio cenſeri eſſe continuum, de præſcriptione longi & longiſſimi temporis ob bonam poſſeſſoris fidem introductam, non vero de præſcriptione actionum ob negligentiam actorum puniendam comparata, verum eſſe: In hac quippe, vt oſtenſum fuit, ratio non patiatur tempus annale eſſe continuum: Nec hic in dubio, ſed in re plana & perſpicua verſamur, cum euidenter ſit demonſtratum quod actionum præſcriptio regulariter tempus habeat vtile.

Sexto nihil ad rem facit quod diſſentientes aiunt actionem iniuriarum valde eſſe odioſam & ideo interpretatione potius reſtringendam, quam extendendam *l. Interpretatione. ff. de pœn. cap. odia Digeſt. de Reg. Iur. in ſext. l. factum cuique. §. final. ff. de Reg. Iur.*

Nam ſi rem rectius & diligentius conſiderauerimus, deprehendemus potius quod iniuriarũ actio valde ſit fauorabilis: Primo enim fauorabilis eſt quia pertinet ad honorem & famam hominis boni atque ingenui tuendam & vindicandam à leuiſſimorum & perditorum hominum conuiciis & calumniis: At famam & honorem tueri ac defendere valde fauorabile eſſe videtur. Deinde & ideo & fauorabilis quia mediante ea puniuntur delicta, quæ puniri ſummopere intereſt Reipublic. *l. 51. §. 2. ff. ad L. Aquil.*

At, inquis, reſpectu tamen iniuriantis eſt per quam odioſa, quia pœna illum afficit grauiſſima: Sed conſiderandum & hoc eſt quod nihil odii continet, ſed maximum potius fauorem habeat facineroſos debitis affici pœnis. Deinde quod ſi odioſum dicendum eſſet quod delicta & facinora coercet, leges etiam, quæ, Iuſtiniano teſte ad calumniantium iniquitates pertinent *pr. proœm. Inſt.* odioſæ forent. Denique vt etiam actio iniuriatum reſpectu ipſius iniuriantis odioſa dici poſſet, fauor tamen quem habet tum reſpectu iniuriati tum etiam reſpectu Reipubl. odio iſti merito præponderaret? Et quidnam, quæſo, æquius eſt facineroſum & iniuriantem facinoris ſui debitam ſentire pœnam, an iniuriatum iniuriam ſibi illatam vindicare non poſſe?

Verius igitur & æquius eſſe puto præſcriptionis annalis iniuriarum actionis tempus eſſe vtile non continuum, & à die demum ſcientiæ, non vero à die factæ & illatæ iniuriæ incipere currere.

Sed quid ſi quis poſt annum, à die factæ iniuriæ elapſum agere velit iniuriarum & ignorantiam prætendat? Et quanquam alias ignorantia facti alieni præſumatur nec eam probari ab allegante

gante opus sit, prout supra sub disputat. de probat. dictum & ostensum est; In Camera tamen Imperiali, vt refert & testis est Andr. Geilius *d. obs. 195.* alleganti ignorantiam iuramentum deferri solet, quo iuret quod à tali tempore demũ in notitiã irrogatæ iniuriæ venerit. Quod ipsum procedere ait si ab aduersario scientia in puncto deuolutionis non fuerit prolata. Cum n. ignorantia consistat in intellectu vel conscientia, iuramento eius qui eum allegat, probatur *cap. pastoralis, in fine, de except.*

Quænam porro præscriptiones sint annales, biennales, triẽnales, quadriennales, decennales, vicennales, tricennales, quadragenales & cẽtenales & quasnam res singulæ harum præscriptionũ spectẽnt, satis perspicue ipse Treutlerus declarat, nec vlteriori vlla declaratione opus esse existimo.

Quæst. 21. *Anne criminales actiones & ipsa crimina præscribantur 20. annis?*

Illud solum hoc loco, quia valde controuersum est ac dubium, explicandum videtur quod Treutlerus ait præscriptione vicennali actiones etiam criminales præscribi, sic vt non solũ accusari amplius rei nequeunt, sed etiam vt ne quidem ex officio magistratus vel per inquisitionem procedere queat.

Equidem non desunt insignes iuris Interpretes qui hoc serio statuant & sequentib. fundamentis stabilire conẽtur.

1. In *l. quærite 12. C. de falsis.* ita Impp. Dioclet. & Maximin. rescribunt: *Querela falsi temporalibus præscriptionib. non excluditur, nisi viginti annorum exceptione, sicut cætera fere crimina.* Crimen igitur falsi, vt & cætera crimina, viginti annis præscribitur,

2. In *l. 2. ff. de requirendis reis.* Macer ICtus: *Sed si,* inquit, *per viginti annos fiscus bona non occupauerit, postea præscriptione vel ab ipso reo, vel ab heredibus eius submouebitur.*

3. Eodem facit etiam quod Hermogenianus scribit: *In omnibus fisci quæstionibus, exceptis causis, in quibus minora tempora seruari specialiter constitutum est, viginti annorum præscriptio custoditur. l. in omnibus. 13. ff. de diuers. & temporal. except.*

4. In *l. 1. §. penult. ff. de iure fisci.* Idem haut obscure cauetur, dum illic ICtus hoc modo scribat: *Præscriptionem viginti annorum, quæ etiam circa requirendorum aduocatorum bona obseruetur, ex constitutione D. Pii solet ex eo numerari, ex quo quid ad fiscum pertinere potuit.*

5. Facit huc etiam *l. omnes. C. de 30. vel 40. annorum præscriptione.* vbi omnes actiones, omnia iura, tam priuata, quam publica quadraginta annorum præscriptione extingui aperte rescribitur.

6. In nullius iudicis vel magistratus potestate est, proprio motu, cessante, vel contradicente legis auctoritate, pœnam suo arbitrio infligere vel, cum remittente lege, pœnam exigere nequeat, mulctam pœnæ loco indicere: quippe vbi lex introduxit pœnam, in eundem casum nemo magistratuum potest mulctam exigere. *l. 1. ff. ad SC. Turpill.* Et vbi causa pœnæ, nempe lex, cessat, ibi etiam effectus cessabit, nempe executio *c. cum cessante. extra, de appellat.* Intelligit enim quilibet iudex, quilibet magistratus qui merum imperium habet, se suo iure hanc animaduersionem non habere, sed legis, SCti Constitutionis aut Imperatoris inuestientis beneficio *l. 1. ff. de offic. eius, cui mand.*

7. Si ab eo iure magistratus recedere audet, vix ac ne vix quidem periurii pœnam effugit propter iusiurandum præsidum, præfectorum ac iudicum criminalium. *Nouell. 9. iusiurand. quod præstat. ab his.* Inprimis vero qui regalium iure merum imperium ab Imperatore in feudum habent, cui iurant incolume, tutum, honestum, vtile, facile, possibile, *cap. 1. de form. fidel. cap. 1. de Noua forma fidelit.*

8. In superiore magistratu iure feudi

hoc regale causarum criminalium habente & quolibet alio ex officio procedere volente eadem certat ratio præscriptionis, quæ contra priuatum accusatorem nempe negligentia ex temporis continuatione nata: Itaque sibi imputabit, qui non in tempore officio suo functus est: Nec ius reo iam natum, ipsi inuito, cessante iuris authoritate, adimere debet; cum nec Imperator id possit *l. Id quod nostrum. ff. de Reg. Iur.*

9. Sicut in ciuilibus, ait Gomezius, officium iudicis durat per triginta annos sicut ipsa actio vel obligatio personalis *l. sicut ad rem. & ibi Glossa C. de 30. vel 40. ann. præscript.* Ita etiam in criminalibus officium iudicis debet durare per 20. annos sicut accusatio partis per eos tantum durat. Ex quo subdeducitur & infertur, quod in casibus in quibus accusatio breuiori tempore duret mediante lege vel statuto, vt in crimine iniuriarũ vel alio simili delicto, officiũ iudicis vlterius non duret. 10. Et hanc sententiam tuentur præstantissimi ICti & ex illis Iohannes Goedd. *ad l. 131. §. 1. nu. 9. & seq. ff. de verbor. significat.* Anton. Gomezius *tom. 3. variar. resolut. c. 1. num. 6.* Francisc. Balbus *de præscript. part. 4. part. prin 4. quæst. 2.* Iaso. n. *ad l. 1. num. 8. in fin. ff. de iurisd.* Beust. *in comm. l. admonendi n. 870. ff. de iureiur.* Ægid. Bossius *tit. de Accusat. num. 31. & seq.*

Verum ego saluo aliorum iudicio, accusationem quidem facinerosorum 20. annorum spacio præscribi, sic vt post tantum tempus amplius accusari reus nequeat, concedo & facile largior; sed crimen ipsum vicennali exceptione extingui ita vt nec iudex amplius ex officio contra facinerosum procedere queat, minime concedendum esse existimo.

Nam vt postmodum, quando ad præcedentia argumenta responderimus, patebit, nulla est lex qua sustineatur ista criminum præscriptio.

Deinde abhorret hæc sententia à ratione & vtilitate publica: Etenim interest Reipublicæ delicta non manere impunita, sed facinerosos promeritas sentire pœnas *l. 5. §. 2. ff. ad L. Aquil.* quo alii à consimili deterreantur flagitio *l. Aut facta §. fin. ff. de pœn.* & malis hominibus Respublica purgetur *l. 3. ff. de offic. præsid.*

Iam vero admissa ista criminum præscriptione delicta manerent impunita & ita vi istius præscriptionis impunitatem facinerosi consequerentur. Atque sic præscriptio & vsucapio, quæ bono publico introducta est, in odium eius retorqueretur, quod sane per quam foret absurdũ, cum nec illud quod in priuati alicuius fauorẽ introductũ est in odiũ eius cõuerti queat *l. 25 ff. de LL. & l. 6. C. eod. tit.*

Accedit quod perabsurdum sit negligentiam magistratus officere commodo Reip. & delictis patrocinium ac veniam præbere, cum & alias sit iuris regula æquissima moram cuique suam, non alii nocere *l. in condemnat. de R. Iur.* & ipsos delinquentes, non vero alios delicti sui pœnam sentire *l. sancimus 22. C. de pœn.* At hic delicti & negligentiæ magistratus pœnam Respublica sustineret.

Nihil pro contraria opinione facit primo loco adducta *l. querela 12. C. ad L. Cornel. de falsis.* loquitur enim aperte de querela, hoc est acusatione criminis falsi, non de ipso crimine: querelam falsi seu super crimine falsi vult Imper. 20. annorum spacio extingui: Crimen vero falsi non item. At inquit Goeddeus, voce *querela* qua Impp. vtuntur, indicari, præscriptione non solum actionem & accusationem, verum omnem omnino implorationem & delationem tolli. Sed sit ita, ex eo tamen non sequitur quod facultas ex officio procedendi auferatur magistratui. Nec illud multum obstat quod in fine illius L. additur. *sicut fere cætera crimina.* quibus verbis hoc significare videtur ipsa crimina & non solum accusationem criminum vicennali præ-

scriptione

scriptione extingui & aboleri. Resp. Etenim crimina tolluntur praescriptione quoad accusationem, querelam & delationem duntaxat; atque sic quoad qualitatem duntaxat, non etiam quoad substantiam; id quod ex verbis praecedentibus & ab Impp. instituta collatione patescit: querelam enim falsi cum criminibus caeteris illic conferunt: proinde vt procedat comparatio necessum est ibidem per crimina accusationem & delationem criminum intelligi.

Parum ad rem facit textus *in l. 2. ff. de requirend. reis*: Hoc enim duntaxat vult si bona rei annotati (quae iure fisco debentur) fiscus intra viginti annos occupare neglexerit, tunc exceptione praescriptionis longi temporis excludatur: At quid hoc commune habet cum praescriptione poenae; an propterea quia post 20. annos fiscus absentis & annotati bona occupare non potest, ideo si prae hensus fuerit, eum ex officio procedere & in ipsum secundũ leges statuere nequit?

Idem quoque ad tertium ex *d. l. 13 ff. de diuers. & tempor. praescript.* petitũ respondendum est: & praeterea si de praescriptione criminis ageret, probaret solum exactionem mulctae seu poenae pecuniariae praescribi 20. annis ad abolitionem vero grauium criminum, quorum poena capitalis est, infamia & corporis coertio non pertineret. Eadem plane responsio accommodari potest ad quartum fundamentũ *d. l. 1. §. pen. ff de iure fisci.*

Ad *l. omnes. C. de 30. vel quadrag. annor. praescript.* respondeo, eam loqui duntaxat de praescriptione priuatarum actionum; non vero de praescriptione publicorum criminum: Diuersissima autem harum est ratio: Nam priuatis intra longissimum tempus non agentibus, nec ius suum prosequentibus culpa vtique negligentiae imputari, iisdemq; obiici potest; *cur intra tantum tempus ius tuum neglexisti.* At haec negligentia non potest imputari Reipublicae, ad cuius praeiudicium spectaret praescriptio: Vt enim ipse Goedd. fatetur, officium Imperiumque quod sustinet magistratus, non est ipsius proprium, sed Reipubl. & legis. Insuper praescriptio priuatarum actionum priuatum solum incommodum actionem negligentis concernit: At praescriptio criminum ad damnum & praeiudicium Reipublicae spectaret. Deinde si quicquam ad rem facit, hoc solummodo probat quod publicae accusationes longissimo tempore extinguãtur, quod & nos fatemur ac lubenter cõcedimus. Ad sextũ & septimũ facilis est responsio: nituntur quippe duo ista argumẽta falso praesupposito, dũ pro cõfesso ac concesso praesupponunt quod lex prohibeat post viginti annos in reum & facinerosum vlterius inquirere, At nulla eiusmodi lex vspiam apparet quod quae praescriptionẽ criminũ inducat, prout ex hactenus dictis constare arbitror. Quare fundamento isto falso sua sponte collabente, corruunt quoq; argumenta ista lubrici eiusmodi fundamẽto subnixa.

Ad octauum, respondetur, si res haec priuatum saltem magistratus interesse & nõ potius publicũ spectaret praeiudiciũ, negligentia vtiq; magistratus ipsi merito noceret: At vero quia praescriptio ista criminum ad interesse Reipublicae spectat, igitur negligentia magistratus praescriptioni illi locum non faciet.

Ad Nonum argumentũ responsio itidem expedita est: Nam in eo nulla penitus est consequentia & elencho insuper comparatorũ laborat. Nã verum quidẽ est quod in ciuilibus causis tandiu duret officium magistratus, quandiu durat actio priuata, siue ciuilis, quia in ciuilib⁹ causis magistrat⁹ nõ nisi implorato & ad actionẽ siue petitionẽ priuati sese interponit officiumq; suũ impartitur. At in causis criminalibus etiã ex officio à nemine imploratus cõtra facinerosos procedere

poteſt igitur etſi accuſatio publica amplius non duret, ſed tempore ſit præſcripta: non tamen propterea officium magiſtratus ceſſat, deficit & excluditur.

Ad poſtremum ab authoritate Interpretum & Dd. deductum reſpondeo illud non admodum prægnans eſſe præſertim cum ratio iuris, æquitas ciuilis & ſalus Reipublicæ repugnet.

Quapropter cum ex his appareat quam lubricis fundamentis nitatur vulgaris iſta opinio, ſeu potius error, poſteriorem ſententiam optima ac firmiſſima ratione ſubnixam amplectendam & illi præferendam eſſe opinor; Idque tanto magis quoniam iſta opinio hoc præſupponit quod ex die ſcientiæ & quo primum magiſtratui de delicto & eius authore conſtare cœpit, præſcriptio initium capiat, quo præſuppoſito, funditus euertitur præcipuum illius fundamentum ex negligentia magiſtratus petitum: Nam ſi ignorat magiſtratus crimen eſſe admiſſum aut vero ipſi de authore eius non conſtat, quæ obſecto culpa quæ negligentia ipſi imputari poteſt?

Etſi porro delictorum & criminum accuſationes viginti annorum ſpacio præſcribantur, vt ex *d. l. querela. 12. C. ad L. Cornel. de falſis.* liquet, aliud tamen quibusdam in delictis ſpecialibus rationibus conſtitutum eſt; Sic enim non modo actio iniuriarum *l. 5. Cod. de miur.* ſed quæuis etiã aliæ prætoriæ actiones pœnales annali ſpacio præſcribuntur *tot. tit. l. de perpet. & temp. actionib.*

Sic & accuſatio adulterii quinquennali præſcriptione extinguitur, textus expreſſus *in l. 29. §. 5. verſic. præterea ad L. Iul. de adult.* vbi ICtus Vlpianus ita ſcribit: *præterea ſi ex die diuortii ſexaginta dies ſint, ex die vero commiſſi criminis quinquennium præterit, debuit dici nec mulierem poſſe accuſari, vt quod dentur ſex menſes vtiles ſic ſit accipiendum, ne crimen quinquennio ſopitum excitetur.* & *in §. ſeq. 6. Hoc,* inquit, *quinquennium obſeruari legislator voluit, ſi reo vel reæ ſtuprum adulteriumue vel lenocinium obiiciatur: Quid ergo ſi aliud crimen ſit quod obiiciatur, quod ex lege Iulia deſcendit? vt ſunt, qui domum ſuam ſtupri cauſa præbuerunt & alii ſimiles? & melius eſt dicere omnibus admiſſis ex lege Iulia venientibus quinquennium eſſe præſtitutum. Quinquennium autem ex eo die accipiendum eſt, ex quo quid admiſſum eſt, & ad eum diem quo quis poſtulatus poſtulataue eſt, & non ad eum diem quo iudicium de adulteriis exercetur.* Iure igitur pandectarum accuſatio adulterii quinquennio indubitate præſcribitur. Sed idem quoque Alexander Imperator confirmat *in l. 5. C. eod. tit.* Vadenti conſulenti ita reſcribens: *Adulter poſt quinquennium quam commiſſum adulterium dicitur (quod continuum numeratur) accuſari non poteſt, eaſque præſcriptiones reo datas auferri non oportet.*

Ratio autem huius quinquennalis præſcriptionis hæc fuit, ne matrimonia bene concordantia prætextu adulterii turbentur.

Cæterum Elector Saxoniæ præſcriptionem hanc quinquennalem conſtitutione *prouinciali 19. part. 4.* penitus ſuſtulit voluitque poſt quinquennium etiam ad inſtar reliquorum criminum adulterii accuſationem competere; verba conſtitutionis ita ſonant.

Wollen auch daß in dieſem fall gantz keine der Eheleute remiſſion oder Erlaſſung ſtadt haben/noch diſelbige in etwas angeſehen / vielweniger in Vrtheilen durch die Schöppenſtüle darauff erkandt / ſondern berührte Leibesſtraff/ ohne einige Gnad oder nachlaſſung/ vollſtrecket werden / auch die Verjährung der Fünff Jahr / darauff vnſere Schöppenſtüle in dem Laſter des Ehebruchs geſprochen / forthin nicht ſtadt haben ſoll.

De criminum porro publicorum accuſatio-

cusationis præscriptione quod paulo supra dictum est, quod nempe per eam viginti annorum spacio accusatio extinguatur, idem quoque in præscriptione fractę pacis publicæ obtinere docet Andr. Gailius *lib. 1. de pace publ. n. 30. & sequent.* Et rectè: Nullibi enim Imperialibus constitutionibus huius criminis accusatio excepta reperitur, p'nde sub regula prædicta cōtineri intelligitur. Quin etiam inquisitionem ex officio tanto tempore præscribi & extingui asserit ibidem Gailius, quod etsi communi Dd. calculo sit approbatum & vsu atq; praxi obseruetur legibus tamē & constitutionibus Imperialibus minime conuenit, prout paulo ante ostensum fuit.

Lit. K. Præscriptio triennalis vel quadragenalis dicitur longissimi tēporis præscriptio & per eam res incorporales, siue iura, tam publica, quam priuata vt & actiones omnes, quæ specialiter non reperiuntur exceptæ, præscribuntur & extinguuntur, vti ex *l. 3 & 4. C. de præscript. 30. vel 40. annor.* videre est. Ita quidem vt nec bona fides, nec iustus titulus requiratur, de iure scilicet ciuili, quamuis de iure Canonico aliud dicendum videatur.

Quadragenalis est etiam rerum temporalium Ecclesiæ, quas placuit spacio 40. annorū demum præscribi. Idq; cautum est *Authent. quas act. C. de SS. Eccles. & Nouell. 31. c. 6.* vnde excerpta est ista Authent. Verba autē Authenticæ hæc sunt: *Quas actiones alias decennalis, alias vicennalis, alias tricennalis præscriptio excludit Ha, si loco religioso competant, quadraginta annis excluduntur, vsucapione triennii vel quadriennii præscriptione in suo robore durantibus, solo Romana Ecclesia gaudente centum annorum spacio vel priuilegio.* Res proinde Ecclesiæ quadraginta demū annis præscribuntur. Et hoc quidem dubium non habet quando priuatus contra Ecclesiam aliquid præscribit: Verum de eo maxime dubitatur vtrum Ecclesia contra Ecclesiam etiam quadraginta tantum annorum præscriptio vti debeat, an vero Ecclesia rem alterius Ecclesiæ minori temporis spacio præscribere valeat?

Quæ. 22. *Anne Ecclesia contra Ecclesiam præscribat 30. annis.*

Et quod Ecclesia vna alterius Ecclesiæ res præscribat etiam triginta annis verius videtur & sequentibus fundamentis stabilitur.

1. In *cap. placuit versic. in canonibus caus. 16. q. 3.* Gratianus ait: *In canonibus Ecclesia aduersus Ecclesiam triginta annis, monasterium aduersus Ecclesiam non nisi quadraginta annis præscribere permittitur.*

2. In *cap. 1. ead. q. 3.* Rusticanas parochias ab Episcopo 30. annis possessas præscriptas intelligi.

3. Et in *seq. cap. 2.* Gelasius scribit; *illud etiam annecti placuit, vt si quod absit, facultates Ecclesiæ nec non diœceses ab aliquibus possidentur Episcopis, iure sibi vindicent. quod tricennalis lex conclusit, quia & filiorum nostrorum principum emanauit auctoritas.*

4. In *cap sicut 3. ead. caus. 16. q. 3.* hæc verba ex concilio Toletano adducuntur: *Sicut diœcesin alienam tricennalis possessio tollit ita territorii conuentum non adimit.*

5. Et in *cap seq. quicunque. 4. ead. q 3* ita dicitur: *Quicunque episcopus alterius episcopi diocesin per 30. annos sine aliqua interpellatione possederit, quamuis secundum ius legis, eius nō videatur esse diœcesis, admittenda non est contra eum actio reposcendi.*

6. Accedit hisce textibus iuris canonici euidens etiam ratio: Nam regula est verissima quod priuilegiatus contra æque priuilegiatum, siue eodem priuilegio gaudentem suo beneficio siue priuilegio suo non vtatur *l. sed si milites. ff. de excusat. tutor.* Igitur priuilegio, quod canones concesserunt Ecclesiis vt possint excludere præscriptionem minorem quadraginta annis *d. Authent. quas actiones*, non potest vti Ecclesia contra aliam Ecclesiam; Et consequenter Ecclesia contra Ecclesiam minori quam quadraginta annorum spacio præscribit.

Cæterum ſententiam hanc non iniuria improbarunt Bartol. Bald. & Salycet. Caſtrenſis item & Iaſon *in d. Authent. quas actiones C. de SS. Eccleſ.* Didac. Couarru. *in relect. c. poſſeſſor. part. 2. §. 2. de præſcript. aduerſ. Eccleſ.* Petr. Gilcken. *in d. Authent. quas act. n. 12. & ſequent.*

Fundamentum ipſorum eſt *in d. Authent. quas actiones. & c. Illud. 8. extr. de præſcript.* vbi in genere hoc priuilegiũ Eccleſiæ tribuitur vt illorũ res breuiori temporis ſpacio quam 40. annorũ non præſcribantur: Generaliter autẽ loquuntur illi textus nec diſtinguunt vtrum priuatus an vero Eccleſia contra Eccleſiã præſcribat.

Ad textus vero iuris canonici pro contraria ſentẽtia modo allegatos reſpõdet Petr. Gilck. *d. loco.* eos per poſteriorem pontificum & Eccleſiæ ſanctionem eſſe emendatos, nempe *per c. Illud autem. extr. de præſcript.* vbi Pontifex ita ſcribit: *Illud autem te ſcire volumus & tenere quod aduerſus Eccleſias minorem præſcriptionem quam quadraginta annorum Romana Eccleſia non admittit, licet quidam canones comprobant tricennalem: Et Eccleſia ſe poteſt aduerſus Eccleſiam quadragenaria temporis præſcriptione tueri de re illa quam inconcuſſe quadraginta annis noſcitur poſſediſſe.* Ecce hic aperte abrogantur canones tricennalem Eccleſiæ præſcriptionem contra Eccleſiam admittentes & cauetur quadragenaria temporis præſcriptione Eccleſiam ſe contra Eccleſiam tueri poſſe.

Ad rationem autem ſexto loco adductam reſpondent Di lacus Couarruu. & poſt eum Petrus Gilckenius: Quotiens duo, idẽ habentes priuileg ũ, contendũt de aliqua re; tunc eam præferri alteri, qui priuilegiũ actu habet & practice in ea re & ſpecie, de qua agitur text. & ibi Bartol. *in l. vltim. ff. ex quibus cauſ. maior.* Nam ſic qui Reipublicæ cauſa abfuerit, etiam aduerſus eum, qui pariter Reipubl. cauſa abfuerit, reſtituendus eſt, ſi aliquid dãni pariatur, vterq; enim priuilegium habet ex quo ſi læſus fuerit reſtitui poteſt, ſed tamen is qui læſus eſt & damno verſatur priuilegium habet practice, in actu & exercitio atq; in ea ſpecie, de qua agitur. Quocirca cum & illa Eccleſia, cuius res præſcripta eſt verſetur in damno atque priuilegium iſtud, ne res illius minori tempore quam 40. annis præſcribatur habeat practice, in præſenti actu & exercitio, idcirco potior eius erit ratio.

Priuilegium hoc Eccleſiæ tributum quod res illius non niſi 40. annis præſcribi poſſint, an ne ad pia cauſas extendi debeat, porro quæritur? Quæſt. 23. *An priuilegium quadragenalis præſcriptionis ad pias cauſas ſpectet?*

Affirmat id Gloſſa & Cuiacius *ad Nouell 131. c. pro temporalibus* Iaſon *in d. Authent. quas actiones. & ibid.* Bald. *num. 3.* Petrus Gilcken. *num. 30. & ſequent.* Didacus Couarru. *in Relect. d. c. poſſeſſor. p. 2. § 2. num. 3.*

Facit pro hac opinione 1. textus *in Nouell. 131. cap 6.* vbi ita Iuſtinianus ſcribit: *pro temporalibus autem præſcriptionibus decem & viginti & triginta annorum ſacroſanctis Eccleſiis & aliis vniuerſis venerabilibus locis ſolum quadraginta annorum præſcriptionem opponi; racipimus, hoc ipſum ſeruando & in exactione legatorum & hereditatum quæ ad pias cauſas relicta ſunt.*

3. Præterea bonum eſt argumentum quod vtrinque à pia cauſa ad Eccleſiam & contra producitur Nicol. Euerhard. *in in loco à pia cauſa ad Eccleſiam.* Cum igitur Eccleſia hoc beneficium contra piam cauſam vtatur: Conſequens eſt etiam viciſſim piam cauſam contra Eccleſiam hoc beneficio gaudere.

Cæterum communis fere opinio eſt in contrarium & ſtatuit priuilegium hoc Eccleſiæ ad pias cauſas extendi nec poſſe nec debere. Idq; ex ſequentibus rationibus.

1. Quia nota eſt regula illa iuris quod beneficia principum & priuilegia perſonalia

nalia personam non excedant, nec egrediantur §. *sed & quod princip. l. de iure Nat. Gent. & ciuil. l. quod vero. ff. de legib. l quod contra. ff. de Reg. iur.* hoc autem beneficium, Ecclesiæ concessum sit personale. Igitur extra Ecclesiam ad alias causas quantumuis pias extendi non possit.

2. Accedit his & ista ratio quod in iure Canonico non sit tam aperte decisum quod præscriptio quadragenalis ad pias causas pertinere debeat, proinde verisimile non est Pontificem Romanum & Ecclesiam Romanam priuilegium hoc, Ecclesiæ nominatim tributum, ad piam causam quoque extendere voluisse.

3. Denique contra pauperes in rebus eis legatis nullam omnino præscriptionem procedere hoc videtur euincere ratio quod pauperes sint incerti & ideo agere non possint; agere autem non valenti præscriptio non currat *l. 1. C. de annal. except. l. 1. C. de bon. maternis.*

Cæterum mihi videtur, aliorum iudicio semper saluo, prior sententia esse verior ac maiori calculo Dd. cõprobata.

Nec refragatur primum posterioris opinionis argumentum: Cum ipsa lex priuilegii Ecclesiæ concessi extensionem faciat ad pias causas *in d. cap. 6. Nou. 131.* vide etiam *l. fin. C. de SS. Eccles.*

Ad secundum respondetur etsi quoad præfatum priuilegium nulla fiat in iure Canonico specialis & aperta cõparatio piæ causæ & Ecclesiæ, sufficere tamen quod Ecclesiæ & piarum causarum cõparatio in genere fiat *in cap. Accedentibus. de priuileg. cap. 2. de restit. in integr. in sext.* è quibus locis satis euidenter colligitur quod bonum & concludens sit argumentum quod ab Ecclesia ad pias causas & vice versa, ducitur. Deinde quantumuis deficeret hac in parte ius Canonicum, sufficeret tamen ius ciuile, quod, vt ostensum est, haut obscure priuilegium quadragenalis præscriptionis defert *d. c. 6.* iure Canonico nuspiam refragante aut contradicente.

Ad Tertium argumentum respondet Didacus Couartu *d. § 2. n. 3.* Etsi Pauperes agere non possint ad legata, posse tamẽ Episcopum, qui curam habet pauperum, vel alios pauperum & piarum prouisores, quales singulis in ciuitatibus habentur, legata ad pias causas vel pauperibus relicta petere. Nec ad rem facit *d. l. 1. C. de bonis matern.* dispar siquidem filii & pauperum est conditio, cum hi defensorem suum, qui agere possit habeant, quandiu pater superstes & G l. ken. *d loco.* Res igitur Ecclesiæ & piarum causarum quadraginta annorum spacio præscribuntur.

Lit. M. Quæ. 24. *An Ecclesia Romana gaudeat adhuc hodie centenalis præscriptionis priuilegio?*

Quod ipsum tamen verum est saltem de inferioribus Ecclesiis: Romana siquidẽ Ecclesia hoc gaudet priuilegio quod res illius non nisi centũ annis præscribi possunt per textum expressum *d. Auth. C. de SS. Ecclesiis.* in cuius fine dicitur: *Sola Romana Ecclesia gaudente centum annorum spacio seu priuilegio.* Et hoc etiam ipsum priuilegium Romanæ Ecclesiæ tributum confirmatur expresse Iustiniani cõstitutione *in Nouell. 9.* vbi non solum centenalis præscriptionis beneficiũ tribuit Ecclesiæ Romanæ, sed etiã ad vniuersas totius orientis Ecclesias extendit: hæc in verba scribens: *Cum enim antiqua iura triginta annorum metis temporales exceptiones cõcludebant, & si hypotheca fuerat, paulo longiora eis spacia condonabant: Nos SS Ecclesias huiusmodi quidem curriculis temporum nullatenus excludi concedimus, maxime in his rebus, in quibus vel læsionem sustinuerint, vel quicquam debeatur. Sed centum tantummodo annorum lapsu temporalem exceptionem eis opponi sancimus, vt maneant per totum prædictum tempus integra iura Ecclesiastica & non possit eis alia præter centũ annorum obuiare exceptio, cum hoc tempus vitæ longæui hominis plerũq; finis esse dignoscatur: Habeat itaq; sanctitas tua hanc legẽ catholicis totius Occidentis Ecclesiis profuturam & in orientales partes propagandam &c.*

Hisce

Hisce verbis Iustinianus apertè; non solum Romanæ Ecclesiæ, sed omnibus Orientis & Occidentis Ecclesiis, hoc priuilegium tribuit ne res illarum alia quam centenali præscriptione ipsis auferantur.

Cæterum anne hoc eodem priuilegio adhuc hodie gaudeat Romana Ecclesia, dubitatur? Etenim inferioribus Ecclesiis istud beneficium subsequenti Iustiniani Imperatoris constitutione ademptum esse nemo est ex omnibus qui dubitet: Sic enim idem Iustinianus Imperator *in Nouell 131.c.9.* scribit: pro temporalibus autem præscriptionibus decem & viginti annorum sacrosanctis Ecclesiis, & aliis vniuersis venerabilibus locis solam quadraginta annorum præscriptionem opponi præcipimus. Res proinde Ecclesiasticæ hodie quadraginta annorum spacio præscribuntur, nec amplius gaudent centenalis præscriptionis priuilegio. Sed vtrumne etiam Ecclesiæ Romanæ hoc idem beneficium ademptum sint hac posteriori Iustiniani sanctione, hoc, inquam, est quod nunc quæritur & de quo dubitatur.

Affirmatiuam sententiam defendit Didacus Couatru. *d.§.2.* Negatiuam tuetur Petr. Gilckenius *in d. Authent.* quas actiones *c.2.num.10.*

Pro affirmatiua militat generalitas *d.Nouell.131. c. 6.* In genere enim illic sancitur res Ecclesiarum quadraginta annis præscribi: Nec Romana Ecclesia vel ibi vel alibi excipitur: Nam *v. Sola Romana, Ecclesia.d. Auth. quas actiones C. de SS. Ecclesiis,* non est Iustiniani Imperatoris, sed Irenii ICti Authenticorum conceptoris qui errore isto vulgari ductus quod *d.c. 6. Nouell.* 131. ad Romanam Ecclesiam non spectet, ista verba de suo addidit *d. Authenticæ;* Idque exinde apparet quod ea Authentica, prout etiam rubrica & inscripto eius innuit excepta & desumpta est *ex d.c. 6.* In hoc vero nulla eiusmodi habetur exceptio, nec vlla præ cæteris Ecclesiis, Romanæ tribuitur prærogatiua.

Cæterum pro negatiua opinione hoc primo adducitur argumentum: Iustinianus, inquiunt, *in Nouella 9.* Romanæ Ecclesiæ tribuit hoc priuilegium nominatim & specialiter vt res illius duntaxat 100. annis præscribantur; Illud vero postmodum extendit ac porrigit ad cæteras tam Orientis, quam Occidentis Ecclesias, quanquam autem extensionem istam per *d.c.6.* correxerit; quia tamen Romanæ Ecclesiæ nullam expressam & specialem mentionem facit; cuius tamen intuitu priorem illam constitutionem principaliter fecerat, non potest videri beneficium hoc Romanæ etiam Ecclesiæ ademisse *argum.c. sedes apostolica. extr. de Rescript. cap. cum ordinem. eod. tit.* Cum ea, quæ notabiliter fiunt, nisi nominatim designentur, quodammodo neglecta esse videantur *l. 15. §. prater. ff. de iniur. & argum. cap. quamuis de praben. in sext. c. quia periculosum. de sentent. excomm. in sext.*

2. Accedit quod constans sit sententia DD. In generali constitutione non comprehendi Papam Imperatorem & alias notabiles personas. Lucas de penna *in l. in sacris.* C. *de proxim. sacror. scriniar.* Bald. *in capit. 1. qualiter Dominus propriet. feud. priu* Matth. de Afflict. *decis. Neapolitan. 265. num. 15.* Cephal. *consil. 1. num. 40. cum sequent & consil. 359. num.* 40. *& seq.*

3. Eadem sententia confirmatur etiam textu iuris Canonici aperto *in capit. Nemo cauß. 16. q. 3.* vbi diserte cauetur Romanæ Ecclesiæ res centum duntaxat annorũ præscriptione præscribi: verba Pontificis hæc sunt: *Sed & veneranda Romana leges diuinitus per ora piorum principum promulgata, rerum eius præscriptionem non nisi per centum annos admittunt. Et in cap. Cum vobis. 14. extr. de rescript. Licet,* inquit Innocentius 3. *tam legali, quam canonica sit definitione statutum, vt contra Romanam Ecclesiam*

clesiam, quæ gaudet priuilegio speciali, non nisi centum annorum præscriptio locum sibi valeat vindicare, &c. Et in fine cap. Ad audientiam 13. dicitur contra Romanam Ecclesiam non nisi centenariam præscriptionem currere. Vt ita de iure Canonico, siue pontificio nullum omnino possit esse dubium quin Romanæ Ecclesiæ priuilegium centenalis præscriptionis deferat.

Nec videtur Iuri Canonico refragari *d. Nouell.* 131. *c.* 6. Tum quia, vt paulo ante demonstratum est, generalitas istius constitutionis ad Romanam Ecclesiam sese non extendit: Tum quia constitutiones Laicorum non obligant ipsam Ecclesiam *cap. Ecclesia S. Mariæ de constitut. & ibi Gloss.* Innocent. Hostiens. & Panorm.

Verum enim vero si de eo solum quæritur, vtrum *d. Nouell.* 9. correcta sit & emendata per *d. Nouell.* 131. *c.* 6. etiam quoad Romanam Ecclesiam, ita vt res eius non amplius centum duntaxat, sed quadraginta annis de iure ciuili præscribantur, non dubito sententiæ Affirmatiuæ subscribere & Couarruuiæ ac Duareno calculum meum addere. Nec admodum moueor rationibus in contrarium à Petro Gilckenio adductis.

Nam ad primam respondeo, etsi *in d. c.* 6. *Nouell.* 131. nõ fiat specialis & expressa mentio Ecclesiæ Romanæ quia tamen in constitutione *d. Nou.* 9. eius specialis facta fuit mentio, & huius correctoria est præfata *Nouell.* 131. *in c.* 6. idcirco consequens omnino est sub ea etiam comprehendi Romanam Ecclesiam, vt quæ expresse non excipiatur. Lex quippe correctoria idem cõtinere & complecti intelligitur, quod lex correcta, nisi in lege corrigente aliquid nominatim exceptum fuerit. Et sane si Iustinianus exceptam voluisset Romanam Ecclesiam, vtique hoc, ad omnem dubitationem tollendam, verbis expressis fecisset, cum etiam sine vlla difficultate facere potuisset.

Ad secundam respondetur eam saltem quorundam Doctorum traditione niti, nec vllo iuris ciuilis aut canonici textu suffultam esse. Deinde, ex ratione modo adducta, Ecclesia Romana continetur generali constitutione *d. c.* 6. quia etiam lege correcta *d. Nouell.* 9. continebatur.

Ad tertiam rationem, ex textibus iuris Canonici depromptam, respondeo, textus iuris canonici in manifesto errore sese fundare, nec enim priuilegium istud centenalis præscriptionis Romanæ Ecclesiæ deferunt, sed iure ciuili & principalibus constitutionibus illud ipsi delatum esse referunt; At quando falsum est ac erroneum relatum, prout in præsenti casu accidere ostendimus, tum etiam falsum & erroneum est ipsum referens: Ius autem quod errore nititur, quod in errore sese fundat, vim iuris non habet *arg. l.* 35. *ff. de legibus.* Deinde committitur fallacia plurium quæstionum: Non enim hoc præcipue quæritur anne Romana Ecclesia gaudeat hoc priuilegio quod res illius alia quam 100. annorum præscriptione auferri non possint: Sed hæc est quæstio anne ex Imperialibus sanctionibus adhuc hodie istud habeat beneficium; ita vt *d. Nouell.* 9. per *Nou.* 131. *c.* 6. non sit correcta? & hoc est quod à me negatur.

Ad rem autem non pertinet quod dicit Gilckenius constitutiones Laicorum Clericos non obligare; Nam vt hoc aliis verum esse ponatur, hoc tamen accommodari non potest, quia agitur de beneficio Ecclesiæ Romanæ laicorum constitutione prius concesso, quod rursus constitutione contraria laicorum tolli potest, cum Imperator habeat potestatem constitutiones etiam illas, quæ Ecclesiæ aliquod beneficium & priuilegium deferunt, abrogandi & corrigendi. Deinde si verum est quod constitutiones laicorum non possunt obligare

Ecclesiam, quæro quomodo igitur Iustiniani cõstitutio inferiores obligare potuerit Ecclesias vt quadragenalem admitterent præscriptionem? Item, quomodo ipsam Romanam Ecclesiam obligare potuerit vt centenalem admitteret præscriptionem? Mihi igitur, vt dixi, magis arridet affirmatiua sentẽtia, quod scilicet per *d. Nouell. 131. c. 6.* emendata sit *Nouella 9.* & Ecclesiæ Romanæ priuilegium centenalis præscriptionis ei priori sanctione antea tributum, rursus sit ademptum.

Quæst. 25 *An beneficium centenalis præscriptionis Imperatori competat?*

Cæterum posita contraria sententia, Romanam Ecclesiam etiamnum gaudere isto beneficio, quæritur vtrumne hoc beneficium Ecclesiæ Romanæ tributum, etiam Imperatori competat, ita vt & ipsius res centum duntaxat annis præscribantur?

Pro affirmatiua sententia proferri solent argumenta. 1. Sacerdotium & Imperium comparari solent, ita vt vnum ab altero non multum differat *Nouell. 7. c. 2. §. 1.* & res sacræ à communibus & publicis, quoniã omnibus sanctissimis Ecclesiis abundantia & status ex imperialibus & munificentiis perpetuo præbeatur. Atqui *in Authent. quas actiones* & *Nouell. 9.* hoc beneficium Romanæ Ecclesiæ tribuitur vt res eius non possint alia quam centenali præscriptione præscribi. Ergo idem priuilegium Imperatori quoque competere dicendum est. 2. Huc deinceps pertinere videtur textus *in l. competit. C. de 30. vel 40. annor. præscript.* vbi statuitur non esse audiendos, qui constitutionem de quadraginta annorum præscriptione loquentem ad præiudicium publicarum functionum trahere conetur, quasi generaliter Imperator innuere velit, quod quotiescunque agitur de iure publico ipsi Imperatori debito, præscriptio 30. vel 40. annorum repelli debeat.

3. Insuper constat satis superque Imperatorem & principes res imperii & principatus cum successorum præiudicio non posse alienare *capit. intellecto. de iureiur.* vbi Panormit. & Felinus. *c. grandi. de suppl. neglig. prælat. in sext.* Anton. peregrin. *de iure fisci lib. 1 tit. 3. n. 71.*

4. Præterea cum princeps legibus solutus sit præscriptionis vinculo alligari non debet, nec leges de præscriptione rerum priuatarum sancitæ, ad ipsum extendi valent, *l. princeps. ff. de legib.*

5. Accedit quod ad acquirenda ea, quæ sunt iuris publici opus sit intercapedine quæ nulla hominum memoria terminetur *cap. super quibusdam. de verbor. sign.* Cur igitur res principis minori temporis spacio præscriberentur?

6. Adde quod res principis commerciis sint exemptæ & propterea obligationis vel vsucapionis vel præscriptionis regulis irretiri nequeant *l. cũ seruus 39. §. si vero Salustianos. ff. de legat. 1.* vbi asseritur quod licet res aliena legari possit, ita vt illa, vel æstimatio ipsius soluenda sit, non tamen hoc probandum esse in rebus Augusti vel Cæsaris, adeo vt ne æstimatio quidem earum debeatur, quod furiosi sit talia legata testamento adscribere, neque commercium illorum esse possit. Si igitur res Cæsaris alienari non possunt, & si non sunt in commercio, sequitur quod nec vsucapionem admittant argum. *l. 28. ff. de verb. signific.*

7. In *l. vltim. Cod. de SS. Eccles.* aperte sancitur, Ciuitatibus hoc priuilegium indultum esse vt non, nisi centum annorum præscriptione, actiones, illis competentes, extinguantur. Cum igitur hoc beneficio gaudeant ciuitates, multo magis eodem gaudebit Imperator.

8. Denique munita est hæc sententia præstantissimorum ICtorum authoritatibus Felin. *ad cap. Ad audientiam num. 22. versic. amplia primo* Bald. *in l. 1.*

Cod.

Cod.de annal. except. num. 6. Andr. de Isern.*in c.d. prohibit. alienat. feud. per Fridericum.*

Cæterum contraria opinio, quod nempe res Cæsaris 30. vel quadraginta annorum spacio præscribantur nec fundamentis nec Authoritatibus destituitur.

1. Primo enim In *l. omnes. Cod. de præscript.30. vel 40. annor. præscript.* generali sanctione communi hominum tranquillitati profunda quiete vt Imp. ait prospicitur, ita vt nullum neque priuatum, neque publicum Ius, in quacunque causa vel persona quod quadraginta annorum spacio iugi silentio extinctum sit, moueri possit aut debeat. Et quanquam res fisci ante illam constitutionem vsucapioni & præscriptioni subiectæ non fuerint, sicut nec alia iura publica, hac tamen constitutione lata aliud dicendum videtur.

2. Confirmari deinceps videtur hæc sententia *l.comperit.Cod.eod. tit.* qua expresse sancitur quod qui rem aliquam per continuum 40. annorum curriculum sine legitima interpellatione possederint, nequaquam de possessione rei seu dominio remouendos esse; idque sine vlla distinctione, res priuatorum an Cæsaris fuerint: Et quanquam postea subiiciatur, illos nihilominus cogi & compelli posse vt ciuilem canonem & functiones fiscales agnoscant, non tamen hoc quicquam sententiæ huic præiudicat: Cum enim ipse Imperator suæ constitutionis mentionem fecerit atque hæc exceperit, exceptio autem sub ipsa regula comprehendatur, quamuis nonnihil de potestate ipsius detrahat, consequens est *prædictam constitutionem omnes.* de iure prædiorum Imperatoris deque rebus fiscalibus intelligenda esse.

3. Pro eadem sententia insuper facit *l.fin. Cod.de fund. patrimon.* vbi constituitur quod si quis fundos patrimoniales vel templorum, vel anagoretici seu releuatorum iugorum vel cuiuscunque iuris, per quadraginta annos ex quocunque titulo, vel etiam sine titulo iugiter possederint nullam penitus super dominio memoratorum omnium fundorum vel locorum vel domorum ad publicam actionem, vel molestiam, vel quamlibet inquietudinem formidare.

4. Quin etiam in eadem *l.final.* ostenditur, idem quoque iuris esse, si, adempto canone huiusmodi fundos sibi ab initio principalis iussione datos esse confirment & per 40. annos ademptio canonis beneficium iugiter possederint, tunc neq; fundum ab illis amplius auocari posse neq; canonem profligari, quod vtroque casu possessorum iura in eo statu, quo fuerunt sine vlla innouatione Imperator durare vellt.

5. Insuper regula est certissima, fundata *in l.1.Cod.de petit.hered. l. item veniunt.§ Ait Senatus Digest. eod. tit. l.fisc.us Digest.de iure fisci.* quod quibus in causis fisco nulla prærogatiua nominatim collata sit, is Iure communi vti debeat. Iam vero *in l.3.& 4 Cod.de 30. vel 40. annorum præscriptione.* omnes actiones, de quocunque etiam iure competentes, triginta vel quadraginta annis præscribuntur & extinguuntur, Nec Imperator vel res & actiones ipsi competentes vllibi excipitur, nec vspiam ipsi ab hac longissimi temporis præscriptione vlla tribuitur immunitas aut prærogatiua. Ergo necessario dicendum est quod ipsius quoque Imperatoris res non minus atque priuatorum 30. vel 40. annorum spacio præscribantur.

Quibus ita ponderatis contraria prioris opinionis argumenta consideranda & dissoluenda erunt. Quod igitur ad primum, respondeo; Inter Imperatorem & pontificem non solum iura canonica, sed ciuilia etiam magnum

discrimen constituere, cum pontifex in spiritualibus: Imperator vero in temporalibus supremum fastigium obtineat: magna autem sit spiritualium præ temporalibus præminentia *l. Inter claras. C. de summa trinit. cap. Valentin. distinct. 63. c. Nouit. de iudic. cap. per venerabilem. de Elect. cap. causam quæ & cap. per venerabilem. extr. qui filii sint legitimi.* Nec contrarium probat *d. Nou. 7. c. 2.* §. 1. dum enim illic Imperator profitetur non multum inter sacerdotium & imperium interesse, eo pertinet quod in vtroque summæ potestatis imago reluceat, non vt in vtroque eadem plane iura constiteret. Quin etiam haut dissimulatur quorsum illa comparatio pertineat: huc scilicet, si agatur de permutatione rerum Cæsaris & Ecclesiæ. Deinde posito quod ratione dignitatis & sublimitatis nihil intersit inter Pontificem & Cæsarem, exinde tamen nullo modo sequetur quod priuilegium Ecclesiæ Romanæ aut Pontifici tributum ad Cæsarem extendi & porrigi debeat, cum satis constet priuilegia & beneficia iuraque singularia & exorbitantia ad exemplum & consequentias trahi non posse, nec illorum personas egredi quibus concessa & indulta sunt *l. quod vero ff. de legib. l. quod contra. ff. de Reg. Iur. § sed & quod principi. I. de iure Nat. Gent. & ciuil.*

Ad secundū argumentū respondeo, allegatā legem comperit. *C. de 30. vel 40. annorum præscript.* solum & in specie de functionibus ciuili canone & alia quapiam publica collatione loqui & hæc à præscriptione quadraginta annorum velle esse immunia. Exinde vero non recte inferri nullas res Imperatoris aut fisci quadraginta annorum spacio præscribi. Quin potius cum hæc diserte & nominatim excipiat Anastasius consequens est, in cæteris rebus Imperatoris ac fisci regulam contrariam obtinere, iuxta illud exceptio confirmat regulam in casibus non exceptis. Et si quascunque res Cæsaris voluisset exceptas Anastasius, quam facile hoc ipsi fuisset? & proculdubio id etiam fecisset.

Ad tertium respondeo quod de rebus imperii ab Imperatore non alienandis dicitur, id de integris prouinciis aut membris alicuius principatus, quæ sine graui præiudicio secerni à reliquo corpore non possint, sed de rebus particularibus, veluti pratis, pascuis, vineis, oliuetis, ædibus, quæ non multum momenti in asserenda principis dignitate, tuendo ipsius splendore, propulsanda vi hostium, vel restituendis illis, quæ ad tuteiam sui principatus pertinent, adferre possint: Cum enim Imperator eiusmodi rerum & bonorum administrationem habeat, & insuper earundem sit dominus *l. Bene à Zenone. C. de quadrienn. præscriptione l. Cum multa. C. de bonis quæ lib. l. fin. C. de donat. int. vir. & vxor.* Vult. *in tract. feud. c. 5. n. 7.* Rosenthal *in synops. feud. c. 5. conclus. 10. n. 3.*

Ad Quartum argumentum respondetur principem quidem legibus esse solutum, sed tamen secundum leges ipsum viuere velle *l. digna vox. C. de legibus.* Deinde Imperatorem legibus ciuilibus esse solutum, nisi quatenus seipsum illis subiicit & obligatum esse vult: Iam vero demonstratum est ex *d. l. omnes. C. de 30. vel 40. annor. præscript.* quod Imperator, eo ipso quod iura quæcunque publica, actiones item quascunque quadraginta annorum spacio vult præscribi, semetipsum legibus de præscriptione longissimi temporis subiiciat. Iure proinde ipsis subiectus est.

Ad Quintum argumentum respondeo distinguendo inter res fisci & bona, quæ ad instructionem eius pertinent, & regalia, quæ tanquam maioris iudicii & sublimioris potestatis principes sibi salua esse voluerunt: Hæc aut nullo tempore præscribi possunt, aut eo tempore

tempore cuius initii non extet memoria *l. hoc iure. §. aqua ductus. ff. de aqua quotid. & æstiu. cap. super quibusdam de verbor. significat.* iura siquidem eiusmodi sunt quæ nemo nisi ex priuilegio supremi principis sibi attrogare potest.

Ad Sextum respondetur res principis non esse in commercio, nisi iussu principis id fiat: Iussum vero principis non solum expressum, sed etiam tacite interuenire posse *l. comperit. Cod. de 30. vel 40. annor. præscript. l. fin. Cod. de fund. patrimon.* Deinde respondet Gilckenius, adductum textum *§. si vero Salustianæ.* ex audiendum esse vel de illis, quæ vsui publico sunt destinata, in quibus præscriptio locum sibi vindicare non potest *l. præscript. Cod. de oper. public. l. viam publicam. ff. de via publica refic.* aut de his quæ publicis vsib. perpetuo deseruiunt, vt sunt palatia & Basilicæ & circum iecta prælia *l. quicunque Cod. de operib. public.*

Ad Septimum & vltimum ex *d. l. fin. Cod. de SS. Eccles.* desumptum respondetur consequentiam non procedere à priuilegio & beneficio vni tributo ad beneficium alteri tribuendum: priuilegiorum enim, quia personalia sunt & personam non egrediuntur, sicut & supra ostensum est, non potest fieri à persona ad personam extensio *d. l. 14. ff. de Legib. l. quod contra. ff. de Regul. Iur.*

Octauum ac postremum argumentum, ab Authoritate Dd. deductum, contraria Dd. authoritate facile refellitur: Quod enim principis res 30. vel 40. annis præscribantur aperte statuunt Bartolus & Zasius *in l. in omnibus. ff. de diuers. & tempor. act.* Panormitan. *in cap. vim à nobis. it. extr. de præscript.* Gail. Pap. *decis. 264. n. 1.* Boerius *decis. 264. n. 21.* Iohannes Faber *in l. 2. C. comm. de vsucap.* Didac. Couarruu. *in Relect. cap. possessor § 2. n. 15.* Vult. *ad § Res fisci. n. 20* Peregrin. *de iure fisci lib. 6. tit. 8. n. 1.*

Quæ. 26. De Rebus Ciuitatis quanto temporis spacio præscribantur non minus est controuersum?

Quanto temporis spacio res ciuitatis præscribantur?

Et quidem Paulus de Castro *ad l. fin. n. 8. &* Bald. *n. 7.* Fulgosius *ad l. 1. Cod. de præscript. long. tempor.* Crauetta *consil. 411. n. 18.* Franc. Balbus, *de præscript. 3 part. 5. part. princ. q. 1. n. 2.* statuunt quod ciuitates in rebus præscribendis vtantur iure priuatorum & res illarum longo aut longissimo tempore ad instar priuatorum præscribantur. Vtuntur autem hi Dd. ad opinionem suam obtinendam sequentibus rationibus.

1. In *l. 1. in fin. Cod. de long. tempor. præscript.* aperte dicitur præscriptionem longi temporis etiam in Rebus Reipubl. obseruari.

2. Idem confirmat Paulus *in tit. 2. § 4. lib. 4. sent.* hæc in verba scribens: *Viginti annorum præscriptio etiam aduersus Rempublicam prodest ei, qui iustum initium possessionis habuit, nec medio tempore interpellatus est.*

3. In *l. si finita. 5. § si de vectigal. ff. de damn. infect* ostenditur fundos vectigales contra municipes posse vsucapi longo tempore.

4. In *l. omnes. C. de 30. vel 40. annorum præscript.* cauetur omne ius siue priuatum, siue publicum iugi quadraginta annorum silentio extingui.

5. In *l. præscriptio C. de oper. public.* dum sola longi temporis præscriptio remouetur, satis indicatur præscriptioni longissimi temporis 30. vel 40. annorum res ciuitatis subiacere.

Sed pro contraria opinione quod longo & longissimo tempore res ciuitatum non præscribantur, adducitur primo loco *l. fin. Cod. de SS. Eccles.* in qua expresse constituitur nullam præscriptionem centenaria minorem admittendam esse aduersus ciuitates, Ecclesias, hospitalia & pias causas.

2. In *l. præscriptio C. de operibus public.* sancitur, nullam in causis publicis præ-

scriptionem concedi: Illic enim Impp. Gratianus Valentin. & Theodos. *praescriptio*, inquiunt, *temporis iuri publico non debet obstare.*

Accedit quod *in l. praescriptio. ff. de vsurpat. & vsucap.* ICtus Papinianus aperte pronunciat, quod praescriptio longae possessionis ad obtinenda loca iure gentium publica concedi non soleat, exemplum in litore proponens quod quis aedificio suo complexus occupaterit.

4. Sic etiam de via publica ex *l. 2. ff. de via publica*, constet quod non possit desinere esse populi, quamuis eius vsum per multa tempora intermiserit: *Viam publicam*, ait ibi Iulianus, *non vtendo populus amittere non potest*

Ego ad conciliandos textus modo adductos, Glckenii distinctione omnino vtendum arbitror: Distinguit enim inter ea quae vsui publico destinata sunt vel ad ciuitatis decorem & defensionem pertinent, caetera ciuitatis iura, vt prioris generis rebus praescriptio locū non habeat: In posteriorib⁹ vero locū habeat.

Praeterea & illud obseruandum est *in d. l. vt inter diuinum final. Cod. de SS. Eccles.* in tribus saltem casibus indulgere ciuitatibus centenariae praescriptionis beneficium vnde extra casus istos ibidem expressos, ciuitas iure priuati vtetur, Dan Mollerus *part. 2. constit. 5. n. vlt.*

Quae. 17. *An L. final. Cod. de SS. Eccles. sit emendata per Authent. quas actiones. eod. tit.*

Illud sane valde controuersum est an ne adducta *l. vt inter diuinum final. C. de SS. Eccles.*, quae ciuitatibus tribuit priuilegium centenalis praescriptionis sit correcta & emendata per *Auth. quas actiones. C. de SS. Eccles.* Etenim in *d. l. & inter diuinum.* Iustinianus Imperator ita scribit: *vt inter diuinum publicumque ius vt priuata commoda competens discretio sit: sancimus si quis aliquam reliquerit hereditatem vel legatum, vel fideicommissum, vel donationis titulo aliquid dederit vel vendiderit, siue sacrosanctis Ecclesiis, siue venerabilibus xenonibus vel ptochotrophiis, vel monasteriis masculorum, vel virginum, vel orphanotrophiis, vel brephotrophiis, vel gerontocomiis, ne. non iuri ciuitatum vel donatorum vel venditorum vel relictorum eis sit longaeua actio, nulla temporum solita praescriptione coarctanda: Sed etsi in redemptionem captiuorum quadam pecunia vel res relicta, vel legitimo modo donata sunt, & earum exactionem longissimam esse censemus. Et nobis quidem cordi erat nullis temporum metis huiusmodi actiones circumcludi, sed ne videamur in infinitum hanc extendere, longissimum vitae hominum tempus eligimus & non aliter eam actionem finiri concedimus, nisi centum annorum curricula excesserint.*

Sed contra Authent. *quas actiones. C. eod. tit.* In Ecclesiis id, quod *in d. l. final.* sancitur quoad Ecclesiam aperte obrogat, & constituit, vt Romana Ecclesia excepta, reliquae omnes Ecclesiae in rebus suis quadraginta annorum praescriptionem experiantur: Igitur idem quoque in ciuitatibus intelligitur statutum adeoque beneficium centenariae praescriptionis ciuitatibus amplius non competet. Tum quia regula est à Iuris nostri Interpp. communi consensu comprobata, omnem dispositionem, qua antiqua iuris forma reuehitur & stabilitur, esse fauorabilem & interpretatione iuuandam *l. 27. §. pactus. ff. de pact.* Id quod in correctoriis etiam locum habere recte docuerunt Sichard. *in l. fin. Cod. de Edict. D. Hadriani tollend.* Couarru, *variar. resolut. lib. 3. c. 6. num. 4.* Euerhard. *in topic. in loco à ratione legis larga n. 29.* Decius *consil 11. n. 17. & 19.* Certum autem est quod ante constitutionem Iustiniani centum annorum praescriptio in rebus ciuitatis locum non habuerit, prout verba ipsius legis satis demonstrant Iustinianum primitus singulari religionis Zelo & publicae vtilitatis, fauore rebus ciuitatis hoc beneficiū indulsisse, tum quia Iustinianus *in Nouell. 131. c. 6.* errorem suum ipse agnouit, & quod *in d. l. vt inter diuinum finalem* circa

circa res Ecclesiarum & piarum causarum constituerat, diserte emendauit: Tum quia quoties lex aliqua expresse corrigitur in vno, eadem quoque in altero emendata intelligatur. Gloss. *cap. si postquam* §. *1. de Elect. in sext.* Gloss. *in l. si quis vero Cod. de furt. & ibid.* Bald. *num.* 7. Salycet. *nu.* 3. Bartol. *in l.* 2. *Digest. de legat.* 1. *num.* 4. Castrensis *num.* 2. & 3. Alex. *n.* 3. Alciat. *num.* 10. Zas. *circa fin. eius l.* Maxime vero vbi in lege emendata eadem & par vtriusque ratio fuit. Iam vero constat quod *in d. l. final.* ius ciuitatum & Ecclesiarum ex eadem ratione eandem decisionem meruerint: Consequens igitur est quod in dispositione contraria & correctoria eandem habeant decisionem & sicut *d. l. finalis* in vno, quod res Ecclesiæ mutata est per *d. Authent. quas actiones* Ita quoque quoad res ciuitatum emendationem accepit. Maxime cum res Ecclesiæ maiori nitantur fauore quam res ciuitatum: Igitur absurdum foret beneficium quod vtrisque simul erat tributum, Ecclesiæ adimi, non autem ciuitati.

Cæterum sententiæ huic nequaquam subscribere possum: Etenim *in d. l. vt inter diuinum.* priuilegium centenariæ præscriptionis, aperte tribuitur Ciuitatib. Ecclesiæ & Piis causis: Hæc autem lex etsi quoad Ecclesias & pias causas sit *in d. Authent. quas actiones. & Nou.* 131. *c.* 6. mutata: Non tamen quoad res publicas siue ciuitatum vspiam correcta reperitur; proinde ei standum erit *l. præcipimus Cod. de appellat.* vbi dicitur quod correctum non repetitur, cur state prohibeatur? Sed & alias legum correctiones, vt quæ Reip. per culosæ & sæpe etiam perniciosæ esse soleant, non præsumuntur, sed quando allegantur, probari debent. Id que maxime tum locum habet quando lex, quæ dicitur correcta singularem fauorem aut beneficium rei per se fauorabilis continet. Sed & lege aliqua in vno correcta, in reliquo censetur aperte confirmata: Et sane si Iustinianus eam, etiam quoad res ciuitatis corrigere & emendare voluisset, fecisset vtique; At cum hoc non fecerit præsumitur voluisse, eam quoad ciuitatum res in pristino vigore & obseruantia persistere. Insuper odia restringi fauores autem extendi debent, *cap. odia de Reg. Iur.* Negari autem non potest quin constitutio quæ adimit beneficium aliquod rei fauorabili singulari ipsius fauore ei tributum, non sit fauorabilis, sed odiosa. nō igitur à persona ad personam, à re ad rem extendi debet. Denique obseruandum est quod in proposito diuersa sit Reipubl. & Ecclesiæ ratio: Nam præfatum priuilegium tributum est Ecclesiæ fauore religionis: Ciuitatibus autem fauore & studio publicæ vtilitatis; vnde ab vno emend. to ad emendandum alterum argumentum, vtpote à separatis & diuersis non procedit.

Non obstat interpretationem istam qua res ad antiquum & pristinum statum reducitur esse fauorabilem & interpretatione iuuandam: Hoc enim procedit in dubio & quando iusta est de correctoriæ legis generalitate dubitandi ratio: Hic autem nulla apparet ratio iusta dubitandi de eo, ad quasnam res pertineat *d. Authent. quas actiones & Nouell.* 131. *c.* 6. cum id disertis verbis ibidem sit expressum. Deinde locum habet prædicta regula quando lex correcta, quæ in pristinum statum dicitur reducta, non est fauorabilis & lex corrigens odiosa, prout de hoc præsenti casu ostensum est. Reliqua quæ in contrarium adducuntur, sunt exigui momenti, refutatione prolixiore indigna & iam tum ex præcedentibus refutatio illorum satis & abunde patet.

Placet hoc loco illud quoque inuestigare quanto temporis spacio aliquis

hoc regale causarum criminalium habente & quolibet alio ex officio procedere volente eadem certat ratio præscriptionis, quæ contra priuatum accusatorem nempe negligentia ex temporis continuatione nata: Itaque sibi imputabit, qui non in tempore officio suo functus est: Nec ius reo iam natum, ipsi inuito, cessante iuris authoritate, adimere debet; cum nec Imperator id possit *l. Id quod nostrum, ff. de Reg. Iur.*

9. Sicut in ciuilibus, ait Gomezius, officium iudicis durat per triginta annos sicut ipsa actio vel obligatio personalis *l. sicut ad rem, & ibi Glossa C. de 30. vel 40. ann. præscript.* Ita etiam in criminalibus officium iudicis debet durare per 20. annos sicut accusatio partis per eos tantum durat. Ex quo subdeducitur & infertur, quod in casibus in quibus accusatio breuiori tempore duret mediante lege vel statuto, vt in crimine iniuriarũ vel alio simili delicto, officiũ iudicis vlterius non duret. 10. Et hanc sententiam tuentur præstantissimi ICti & ex illis Iohannes Gœdd. *ad l. 131. §. 1. nu. 9. & seq. ff. de verbor. significat.* Anton. Gomezius *tom. 3. variar. resolut. c. 1. num. 6.* Francisc. Balbus *de præscript. part. 4. part. prin 4. quæst. 2.* Ias. n. *ad l. 1. num. 8. in fin. ff. de iniurid.* Beust. *in comm. l. admonendi n. 870. ff. de iureiur.* Ægid. Bossius *tit. de Accusat. num. 31. & seq.*

Verum ego saluo aliorum iudicio, accusationem quidem facinerosorum 20. annorum spacio præscribi, sic vt post tantum tempus amplius accusari reus nequeat, concedo & facile largior; sed crimen ipsum vicennali exceptione extingui ita vt nec iudex amplius ex officio contra facinerosum procedere queat, minime concedendum esse existimo.

Nam vt postmodum, quando ad præcedentia argumenta responderimus, patebit, nulla est lex qua sustineatur ista criminum præscriptio.

Deinde abhorret hæc sententia à ratione & vtilitate publica: Etenim interest Reipublicæ delicta non manere impunita, sed facinerosos promeritas sentire pœnas *l. 5. §. 2. ff. ad L. Aquil.* quo alii à consimili deterreantur flagitio *l. Aut facta §. fin. ff. de pæn.* & malis hominibus Respublica purgetur *l. 3. ff. de offic. præsid.*

Iam vero admissa ista criminum præscriptione delicta manerent impunita & ita vi istius præscriptionis impunitatem facinerosi consequerentur. Atque sic præscriptio & vsucapio, quæ bono publico introducta est, in odium eius retorqueretur, quod sane per quam foret absurdũ, cum nec illud ꝙ in priuati alicuius fauorẽ introductũ est in odiũ eius cõuerti queat *l. 25 ff. de LL. & l. 6. C. eod. tit.*

Accedit quod perabsurdum sit negligentiam magistratus officere commodo Reip. & delictis patrocinium ac veniam præbere, cum & alias sit iuris regula æquissima moram cuique suam, non alii nocere *l. in condemnat. de R. Iur.* & ipsos delinquentes, non vero alios delicti sui pœnam sentire *l. sancimus 22. C. de pæn.* At hic delicti & negligentiæ magistratus pœnam Respublica sustineret.

Nihil pro contraria opinione facit primo loco adducta *l. querela 12. C. ad L. Cornel. de falsis.* loquitur enim aperte de querela, hoc est acusatione criminis falsi, non de ipso crimine: querelam falsi seu super crimine falsi vult Imper. 20. annorum spacio extingui: Crimen vero falsi non item. At inquit Gœddeus, voce *querela* qua Impp. vtuntur, indicari, præscriptione non solum actionem & accusationem, verum omnem omnino implorationem & delationem tolli. Sed sit ita, ex eo tamen non sequitur quod facultas ex officio procedendi auferatur magistratui. Nec illud multum obstat quod in fine illius L. additur. *sicut fere cætera crimina.* quibus verbis hoc significare videtur ipsa crimina & non solum accusationem criminum vicennali præ-

scriptione

scriptione extingui & aboleri. *Resp.* Etenim crimina tolluntur praescriptione quoad accusationem, querelam & delationem duntaxat; atque sic quoad qualitatem duntaxat, non etiam quoad substantiam; id quod ex verbis praecedentibus & ab Impp. instituta collatione patescit: querelam enim falsi cum criminibus caeteris illic conferunt: proinde vt procedat comparatio necessum est ibidem per crimina accusationem & delationem criminum intelligi.

Parum ad rem facit textus *in l.2. ff. de requirend. reis*: Hoc enim duntaxat vult si bona rei annotati (quae iure fisco debentur) fiscus intra viginti annos occupare neglexerit, tunc exceptione praescriptionis longi temporis excludatur: At quid hoc commune habet cum praescriptione poenae; an propterea quia post 20. annos fiscus absentis & annotati bona occupare non potest, ideo si praehensus fuerit, eum ex officio procedere & in ipsum secundū leges statuere nequit?

Idem quoque ad tertium ex *d.l.13. ff. de diuers. & tempor. praescript.* petitū respondendum est: & praeterea si de praescriptione criminis ageret, probaret solum exactionem mulctae seu poenae pecuniariae praescribi 20. annis ad abolitionem vero grauium criminum, quorum poena capitalis est, infamia & corporis coertio non pertineret. Eadem plane responsio accommodari potest ad quartum fundamentū *d.l.1. §. pen. ff de iure fisci.*

Ad *l. omnes. C. de 30. vel quadrag. annor. praescript.* respondeo, eam loqui duntaxat de praescriptione priuatarum actionum; non vero de praescriptione publicorum criminum: Diuersissima autem harum est ratio: Nam priuatis intra longissimum tempus non agentibus, nec ius suum prosequentibus culpa vtique negligentiae imputari, iisdemq; obiici potest; *cur intra tantum tempus ius tuum neglexisti.* At haec negligentia non potest imputari Reipublicae, ad cuius praeiudicium spectaret praescriptio: Vt enim ipse Goedd. fatetur, officium Imperiumque quod fuit nec magistratus, non est ipsius proprium, sed Reipubl. & legis. Insuper praescriptio priuatarum actionum priuatum solum incommodum actionem negligentis concernit: At praescriptio criminum ad damnum & praeiudicium Reipublicae spectaret. Deinde si quicquam ad rem facit, hoc solummodo probat quod publicae accusationes longissimo tempore extinguātur, ꝙ & nos fatemur ac lubenter cōcedimus. Ad sextū & septimū facilis est responsio: nituntur quippe duo ista argumēta falso praesupposito, dū pro cōfesso ac concesso praesupponunt ꝙ lex prohibeat post viginti annos in reum & facinerosum vlterius inquirere, At nulla eiusmodi lex vspiam apparet quod quae praescriptionē criminū inducat, prout ex hactenus dictis constare arbitror. Quare fundamento isto falso sua sponte collabente, corruunt quoq; argumenta ista lubrici eiusmodi fundamēto subnixa.

Ad octauum, respondetur, si res haec priuatum saltem magistratus interesse & nō potius publicū spectaret praeiudiciū, negligentia vtiq; magistratus ipsi merito noceret: At vero quia praescriptio ista criminum ad interesse Reipublicae spectat, igitur negligentia magistratus praescriptioni illi locum non faciet.

Ad Nonum argumentū responsio itidem expedita est: Nam in eo nulla penitus est consequentia & elencho insuper comparatorū laborat. Nā verum quidē est ꝙ in ciuilibus causis tandiu duret officium magistratus, quandiu durat actio priuata, siue ciuilis, quia in ciuilib⁹ causis magistrat⁹ nō nisi implorato & ad actionē siue petitionē priuati sese interponit officiumq; suū impartitur. At in causis criminalibus etiā ex officio à nemine imploratus cōtra facinerosos procedere

potest igitur etsi accusatio publica amplius non duret, sed tempore sit præscripta: non tamen propterea officium magistratus cessat, deficit & excluditur.

Ad postremum ab authoritate Interpretum & Dd. deductum respondeo illud non admodum prægnans esse præsertim cum ratio iuris, æquitas ciuilis & salus Reipublicæ repugnet.

Quapropter cum ex his appareat quam lubricis fundamentis nitatur vulgaris ista opinio, seu potius error, posteriorem sententiam optima ac firmissima ratione subnixam amplectendam & illi præferendam esse opinor; Idque tanto magis quoniam ista opinio hoc præsupponit quod ex die scientiæ & quo primum magistratui de delicto & eius authore constare cœpit, præscriptio initium capiat, quo præsupposito, funditus euertitur præcipuum illius fundamentum ex negligentia magistratus petitum: Nam si ignorat magistratus crimen esse admissum aut vero ipsi de authore eius non constat, quæ obsecro culpa quæ negligentia ipsi imputari potest?

Etsi porro delictorum & criminum accusationes viginti annorum spacio præscribantur, vt ex *d. l. querela 12. C. ad L. Cornel. de falsis.* liquet, aliud tamen quibusdam in delictis specialibus rationibus constitutum est; Sic enim non modo actio iniuriarum *l. 5. Cod. de iniur.* sed quæuis etiã aliæ prætoriæ actiones pœnales annali spacio præscribuntur *tot. tit. l. de perpet. & temp. actionib.*

Sic & accusatio adulterii quinquennali præscriptione extinguitur, textus expressus *in l. 29. §. 5. versic. praterea ad L. Iul. de adult.* vbi ICtus Vlpianus ita scribit: *praterea si ex die diuortii sexaginta dies sint, ex die vero commissi criminis quinquennium praterit, debuit dici nec mulierem posse accusari, vt quod dentur sex menses vtiles sic sit accipiendum, ne crimen quinquennio sopitum excitetur.* & *in §. seq. 6. Hoc*, inquit, *quinquennium obseruari legislator voluit, si reo vel rea stuprum adulteriumue vel lenocinium obiiciatur: Quid ergo si aliud crimen sit quod obiiciatur, quod ex lege Iulia descendit? vt sunt, qui domum suam stupri causa prabuerunt & alii similes? & melius est dicere omnibus admissis ex lege Iulia venientibus quinquennium esse prastitutum. Quinquennium autem ex eo die accipiendum est, ex quo quid admissum est, & ad eum diem quo quis postulatus postulataue est, & non ad eum diem quo iudicium de adulteriis exercetur.* Iure igitur pandectarum accusatio adulterii quinquennio indubitate præscribitur. Sed idem quoque Alexander Imperator confirmat *in l. 5. C. eod. tit.* Vadenti consulenti ita rescribens: *Adulter post quinquennium quam commissum adulterium dicitur (quod continuum numeratur) accusari non potest, easque præscriptiones reo datas auferri non oportet.*

Ratio autem huius quinquennalis præscriptionis hæc fuit, ne matrimonia bene concordantia prætextu adulterii turbentur.

Cæterum Elector Saxoniæ præscriptionem hanc quinquennalem constitutione *prouinciali 19. part. 4.* penitus sustulit voluitque post quinquennium etiam ad instar reliquorum criminum adulterii accusationem competere; verba constitutionis ita sonant.

Wollen auch daß in diesem fall gantz keine der Eheleute remission oder Erlassung stadt haben / noch dieselbige in etwas angesehen / vielweniger in Urtheilen durch die Schöppenstüle darauff erkandt / sondern berührte Leibesstraff / ohne einige Gnad oder nachlassung / vollstrecket werden / auch die Verjährung der Fünff Jahr / darauff unsere Schöppenstüle in dem Laster des Ehebruchs gesprochen / forthin nicht stadt haben soll.

De criminum porro publicorum accusatio-

cusationis præscriptione quod paulo supra dictum est, quod nempe per eam viginti annorum spacio accusatio extinguatur, idem quoque in præscriptione fractę pacis publicæ obtinere docet Andr. Gailius *lib. 1. de pace publ. n. 30. & sequent.* Et recte: Nullibi enim Imperialibus constitutionibus huius criminis accusatio excepta reperitur, proinde sub regula prædicta cōtineri intelligitur. Quin etiam inquisitionem ex officio tanto tempore præscribi & extingui asserit ibidem Gailius, quod etsi communi Dd. calculo sit approbatum & vsu atq; praxi obseruetur legibus tamē & constitutionibus Imperialibus minime conuenit, prout paulo ante ostensum fuit.

Lit. K. Præscriptio triennalis vel quadragenalis dicitur longissimi tēporis præscriptio & per eam res incorporales, siue iura, tam publica, quam priuata vt & actiones omnes, quæ specialiter non reperiuntur exceptæ, præscribuntur & extinguuntur, vti ex *l. 3 & 4. C. de præscript. 30. vel 40. annor.* videre est. Ita quidem vt nec bona fides, nec iustus titulus requiratur, de iure scilicet ciuili, quamuis de iure Canonico aliud dicendum videatur.

Quadragenalis est etiam rerum temporalium Ecclesiæ, quas placuit spacio 40. annorū demum præscribi. Idq; cautum est *Authent. quas act. C. de SS. Eccles.* & *Nouell. 31. c. 6.* vnde excerpta est ista Authent. Verba autē Authenticæ hæc sunt: *Quas actiones alias decennalis, alias vicenalis, alias tricennalis præscriptio excludit Ha, si loco religioso competant, quadraginta annis excluduntur, vsucapione triennii vel quadriennii præscriptione in suo robore durantibus, solo Romana Ecclesia gaudente centum annorum spacio vel priuilegio.* Res proinde Ecclesiæ quadraginta demū annis præscribuntur. Et hoc quidem dubium non habet quando priuatus contra Ecclesiam aliquid præscribit: Verum de eo maxime dubitatur vtrum Ecclesia contra Ecclesiam etiam quadraginta tantum annorum præscriptio vti debeat, an vero Ecclesia rem alterius Ecclesiæ minori temporis spacio præscribere valeat?

Quæ. 22. *Anne Ecclesia contra Ecclesiam præscribat 30. annis.*

Et quod Ecclesia vna alterius Ecclesiæ res præscribat etiam triginta annis verius videtur & sequentibus fundamentis stabilitur.

1. In *cap. placuit versic. in canonibus caus. 16. q. 3.* Gratianus ait: *In canonibus Ecclesia aduersus Ecclesiam triginta annis, monasterium aduersus Ecclesiam non nisi quadraginta annis præscribere permittitur.*

2. In *cap. 1. ead. q. 3.* Rusticanas parochias ab Episcopo 30. annis possessas præscriptas intelligi.

3. Et *in seq. cap. 2.* Gelasius scribit; *illud etiam annecti placuit, vt si quod absit, facultates Ecclesiæ nec non diœceses ab aliquibus possidentur Episcopis, iure sibi vindicent. quod tricennalis lex conclusit, quia & filiorum nostrorum principum emanauit authoritas.*

4. In *cap sicut 3. ead. caus. 16. q. 3.* hæc verba ex concilio Toletano adducuntur: *Sicut diœcesin alienam tricennalis possessio tollit ita territorii conuentum non adimit.*

5. Et *in cap seq. quicunque. 4. ead. q. 3* ita dicitur: *Quicunque episcopus alterius episcopi diocesin per 30. annos sine aliqua interpellatione possederit, quamuis secundum ius legis, eius nō videatur esse diœcesis, admittenda non est contra eum actio reposcendi.*

6. Accedit hisce textibus iuris canonici euidens etiam ratio: Nam regula est verissima quod priuilegiatus contra æque priuilegiatum, siue eodem priuilegio gaudentem suo beneficio siue priuilegio suo non vtatur *l. sed si milites. ff. de excusat. tutor.* Igitur priuilegio, quod canones concesserunt Ecclesiis vt possint excludere præscriptionem minorem quadraginta annis *d. Authent. quas actiones.* non potest vti Ecclesia contra aliam Ecclesiam; Et consequenter Ecclesia contra Ecclesiam minori quam quadraginta annorum spacio præscribit.

Cæterum sententiam hanc non iniuria improbarunt Bartol. Bald. & Salycet. Castrensis item & Iason *in d. Authent. quas actiones C. de SS. Eccles.* Didac. Couarru. *in relect. c. possessor. part. 2. §. 2. de praescript. aduers. Eccles.* Petr. Gilcken. *in d. Authent. quas act. n. 12. & sequent.*

Fundamentum ipsorum est *in d. Authent. quas actiones. & c. Illud 8. extr. de praescript.* vbi in genere hoc priuilegiū Ecclesiæ tribuitur vt illorū res breuiori temporis spacio quam 40. annorū non præscribantur: Generaliter autē loquuntur illi textus nec distinguunt vtrum priuatus an vero Ecclesia contra Ecclesiā præscribat.

Ad textus vero iuris canonici pro contraria sentētia modo allegatos respōdet Petr. Gilck. *d. loco.* eos per posteriorem pontificum & Ecclesiæ sanctionem esse emendatos, nempe *per c. Illud autem. extr. de praescript.* vbi Pontifex ita scribit: *Illud autem te scire volumus & tenere quod aduersus Ecclesias minorem praescriptionem quam quadraginta annorum Romana Ecclesia non admittit, licet quidam canones comprobant tricennalem: Et Ecclesia se potest aduersus Ecclesiam quadragenaria temporis praescriptione tueri de re illa quam inconcusse quadraginta annis noscitur possedisse.* Ecce hic aperte abrogantur canones tricennalem Ecclesiæ præscriptionem contra Ecclesiam admittentes & cauetur quadragenaria temporis præscriptione Ecclesiam se contra Ecclesiam tueri posse.

Ad rationem autem sexto loco adductam respondent Didacus Couarruu. & post eum Petrus Gilckenius: Quotiens duo, idē habentes priuilegiū, contendūt de aliqua re; tunc eam præferri alteri, qui priuilegiū actu habet & practice in ea re & specie, de qua agitur text. & ibi Bartol. *in l. vltim. ff. ex quibus caus. maior.* Nam sic qui Reipublicæ causa absfuerit, etiam aduersus eum, qui pariter Reipubl. causa absfuerit, restituendus est, si aliquid dāni patiatur, vterq; enim priuilegium habet ex quo si læsus fuerit restitui potest, sed tamen is, qui læsus est & damno versatur priuileg um habet practice, in actu & exercitio atq; in ea specie, de qua agitur. Quocirca cum & illa Ecclesia, cuius res præscripta est versetur in damno atque priuilegium istud, ne res illius minori tempore quam 40. annis præscribatur habeat practice, in præsenti actu & exercitio, idcirco potior eius erit ratio.

Priuilegium hoc Ecclesiæ tributum quod res illius non nisi 40. annis præscribi possint, anne ad pias causas extendi debeat, porro quæritur? Quæst. 23. *An priuilegium quadragenalis praescriptionis ad pias causas spectet?*

Affirmat id Glossa & Cuiacius *ad Nouell 131. c. pro temporalibus* Iason *in d. Authent. quas actiones. & ibid.* Bald. *num. 3.* Petrus Gilcken. *num. 30. & sequent.* Didacus Couarru. *in Relect. d. c. possessor. p. 2. § 2. num. 3.*

Facit pro hac opinione 1. textus *in Nouell. 131. cap 6.* vbi ita Iustinianus scribit: *pro temporalibus autem praescriptionibus decem & viginti & triginta annorum sacrosanctis Ecclesiis & aliis vniuersis venerabilibus locis solum quadraginta annorum praescriptionem opponi; racipimus, hoc ipsum seruando & in exactione legatorum & hereditatum qua ad pias causas relicta sunt.*

3. Præterea bonum est argumentum quod vtrinque à pia causa ad Ecclesiam & contra producitur Nicol. Euerhard. *in in loco à pia causa ad Ecclesiam.* Cum igitur Ecclesia hoc beneficium contra piam causam vtatur: Consequens est etiam vicissim piam causam contra Ecclesiam hoc beneficio gaudere.

Cæterum communis fere opinio est in contrarium & statuit priuilegium hoc Ecclesiæ ad pias causas extendi nec posse nec debere. Idq; ex sequentibus rationibus.

1. Quia nota est regula illa iuris quod beneficia principum & priuilegia personalia

nalia personam non excedant, nec egrediantur §. *sed & quod principi* l. *de iure Nat. Gent. & ciuil. l. quod vero. ff. de legib. l. quod contra. ff. de Reg. Iur.* hoc autem beneficium, Ecclesiæ concessum sit personale. Igitur extra Ecclesiam ad alias causas quantumuis pias extendi non possit.

2. Accedit his & ista ratio quod in iure Canonico non sit tam aperte decisum quod præscriptio quadragenalis ad pias causas pertinere debeat. proinde verisimile non est Pontificem Romanum & Ecclesiam Romanam priuilegium hoc, Ecclesiæ nominatim tributum, ad piam causam quoque extendere voluisse.

3. Denique contra pauperes in rebus eis legatis nullam omnino præscriptionem procedere hoc videtur euincere ratio quod pauperes sint incerti & ideo agere non possint; agere autem non valenti præscriptio non currat *l.* 1. *C. de annal. except. l.* 1. *C. de bon. maternis.*

Cæterum mihi videtur, aliorum iudicio semper saluo, prior sententia esse verior ac maiori calculo Dd. cōprobata.

Nec refragatur primum posterioris opinionis argumentum: Cum ipsa lex priuilegii Ecclesiæ concessi extensionem faciat ad pias causas *in d. cap. 6. Nou. 131.* vide etiam *l. fin. C. de SS. Eccles.*

Ad secundum respondetur etsi quoad præfatum priuilegium nulla fiat in iure Canonico specialis & aperta cōparatio piæ causæ & Ecclesiæ, sufficere tamen quod Ecclesiæ & piarum causarum cōparatio in genere fiat *in cap. Accedentibus. de priuileg. cap. 2. de restit. in integr. in sext.* è quibus locis satis euidenter colligitur quod bonum & concludens sit argumentum quod ab Ecclesia ad pias causas & vice versa, ducitur. Deinde quantumuis deficeret hac in parte ius Canonicum, sufficeret tamen ius ciuile, quod, vt ostensum est, haut obscure priuilegium quadragenalis præscriptionis defert *d. c. 6.* iure Canonico nuspiam refragante aut contradicente.

Ad Tertium argumentum respondet Didacus Couarru *d. §. 2. n. 3.* Etsi Pauperes agere non possint ad legata, posse tamē Episcopum, qui curam habet pauperum, vel alios pauperum & piarum prouisores, quales singulis in ciuitatibus habentur, legata ad pias causas vel pauperibus relicta petere. Nec ad rem facit *d. l. 1. C. de bonis matern.* dispar siquidem filii & pauperum est conditio, cum hi defensorem suum, qui agere possit habeant, quandiu pater superstes & G l. ken. *d. loco.* Res igitur Ecclesiæ & piarum causarum quadraginta annorum spacio præscribuntur.

Quod ipsum tamen verum est saltem de inferioribus Ecclesiis: Romana siquidē Ecclesia hoc gaudet priuilegio quod res illius non nisi centū annis præscribi possunt per textum expressum *d. Auth. C. de SS. Ecclesiis.* in cuius fine dicitur: *Sola Romana Ecclesia gaudente centum annorum spacio seu priuilegio.* Et hoc etiam ipsum priuilegium Romanæ Ecclesiæ tributum confirmatur expresse Iustiniani cōstitutione *in Nouell. 9.* vbi non solum centenalis præscriptionis beneficiū tribuit Ecclesiæ Romanæ, sed etiā ad vniuersas totius orientis Ecclesias extendit: hæc in verba scribens: *Cum enim antiqua iura triginta annorum metis temporales exceptiones cōcludebant, & si hypotheca fuerat, paulo longiora eis spacia condonabant: Nos SS Ecclesias huiusmodi quidem curriculis temporum nullatenus excludi concedimus, maxime in his rebus, in quibus vel læsionem sustinuerint, vel quicquam debeatur. Sed centum tantummodo annorum lapsu temporalem exceptionem eis opponi sancimus, vt maneant per totum prædictum tempus integra iura Ecclesiastica & non possit eis alia præter centū annorum obuiare exceptio, cum hoc tempus vitæ longæui hominis plerūq; finis esse dignoscatur: Habeat itaq; sanctitas tua hanc legē catholicis totius Occidentis Ecclesiis profuturam & in orientales partes propagandam &c.*

Lit. M. Quæ. 24. *An Ecclesia Romana gaudeat adhuc hodie centenalis præscriptionis priuilegio?*

Hisce

clesiam, quæ gaudet priuilegio speciali, non nisi centum annorum præscriptio locum sibi valeat vindicare, &c. Et in fine cap. Ad audientiam 13. dicitur contra Romanam Ecclesiam non nisi centenariam præscriptionem currere. Vt ita de iure Canonico, siue pontificio nullum omnino possit esse dubium quin Romanæ Ecclesiæ priuilegium centenalis præscriptionis deferat.

Nec videtur Iuri Canonico refragari *d. Nouell.* 131. *c.* 6. Tum quia, vt paulo ante demonstratum est, generalitas istius constitutionis ad Romanam Ecclesiam sese non extendit: Tum quia constitutiones Laicorum non obligant ipsam Ecclesiam *cap. Ecclesia S. Mariæ de constitut. & ibi Glossa* Innocent. Hostiens. & Panorm.

Verum enim vero si de eo solum quæritur, vtrum *d. Nouell 9.* correcta sit & emendata per *d. Nouell.* 131. *c.* 6. etiam quoad Romanam Ecclesiam, ita vt res eius non amplius centum duntaxat, sed quadraginta annis de iure ciuili præscribantur, non dubito sententiæ Affirmatiuæ subscribere & Couarruuiæ ac Duareno calculum meum addere. Nec admodum moueor rationibus in contrarium à Petro Gilckenio adductis.

Nam ad primam respondeo, etsi *in d. c. 6. Nouell.* 131. nō fiat specialis & expressa mentio Ecclesiæ Romanæ quia tamen in constitutione *d. Nou.* 9. eius specialis facta fuit mentio, & huius correctoria est præfata *Nouell.* 131. *in c.* 6. idcirco consequens omnino est sub ea etiam comprehendi Romanam Ecclesiam, vt quæ expresse non excipiatur. Lex quippe correctoria idem cōtinere & complecti intelligitur, quod lex correcta, nisi in lege corrigente aliquid nominatim exceptum fuerit. Et sane si Iustinianus exceptam voluisset Romanam Ecclesiam, vtique hoc, ad omnem dubitationem tollendam, verbis expressis fecisset, cum etiam sine vlla difficultate facere potuisset.

Ad secundam respondetur eam saltem quorundam Doctorum traditione niti, nec vllo iuris ciuilis aut canonici textu suffultam esse. Deinde, ex ratione modo adducta, Ecclesia Romana continetur generali constitutione *d. c.* 6. quia etiam lege correcta *d. Nouell.* 9. continebatur.

Ad tertiam rationem, ex textibus iuris Canonici depromptam, respondeo, textus iuris canonici in manifesto errore sese fundare, nec enim priuilegium istud centenalis præscriptionis Romanæ Ecclesiæ deferunt, sed iure ciuili & principalibus constitutionibus illud ipsi delatum esse referunt; At quando falsum est ac erroneum relatum, prout in præsenti casu accidere ostendimus, tum etiam falsum & erroneum est ipsum referens: Ius autem quod errore nititur, quod in errore sese fundat, vim iuris non habet *arg. l.* 35. *ff. de legibus.* Deinde committitur fallacia plurium quæstionum: Non enim hoc præcipue quæritur anne Romana Ecclesia gaudeat hoc priuilegio quod res illius alia quam 100. annorum præscriptione auferri non possint: Sed hæc est quæstio anne ex Imperialibus sanctionibus adhuc hodie istud habeat beneficium; ita vt *d. Nouell.* 9. per *Nou.* 131. *c.* 6. non sit correcta? & hoc est quod à me negatur.

Ad rem autem non pertinet quod dicit Gilckenius constitutiones Laicorum Clericos non obligare; Nam vt hoc aliis verum esse ponatur, hic tamen accommodari non potest, quia agitur de beneficio Ecclesiæ Romanæ laicorum constitutione prius concesso, quod rursus constitutione contraria laicorum tolli potest, cum Imperator habeat potestatem constitutiones etiam illas, quæ Ecclesiæ aliquod beneficium & priuilegium deferunt, abrogandi & corrigendi. Deinde si verum est quod constitutiones laicorum non possunt obligare

Ecclesiam, quæro quomodo igitur Iustiniani cõstitutio inferiores obligare potuerit Ecclesias vt quadragenalem admitterent præscriptionem? Item, quomodo ipsam Romanam Ecclesiam obligare potuerit vt centenalem admitteret præscriptionem? Mihi igitur, vt dixi, magis arridet affirmatiua sententia, quod scilicet per *d. Nouell. 131. c. 6.* emendata sit *Nouella 9.* & Ecclesiæ Romanæ priuilegium centenalis præscriptionis ei priori sanctione antea tributum, rursus sit ademptum.

Quæst. 25 An beneficium centenalis præscriptionis Imperatori competat?

Cæterum posita contraria sententia, Romanam Ecclesiam etiamnum gaudere isto beneficio, quæritur vtrumne hoc beneficium Ecclesiæ Romanæ tributum, etiam Imperatori competat, ita vt & ipsius res centum duntaxat annis præscribantur?

Pro affirmatiua sententia proferri solent argumenta. 1. Sacerdotium & Imperium comparari solent, ita vt vnum ab altero non multum differat *Nouell. 7. c. 2. §. 1.* & res sacræ à communibus & publicis, quoniã omnibus sanctissimis Ecclesiis abundantia & status ex imperialibus & munificentiis perpetuo præbeatur. Atqui *in Authent. quas actiones* & *Nouell. 9.* hoc beneficium Romanæ Ecclesiæ tribuitur vt res eius non possint alia quam centenali præscriptione præscribi. Ergo idem priuilegium Imperatori quoque competere dicendum est. 2. Huc deinceps pertinere videtur textus *in l. competit. C. de 30. vel 40. annor. præscript.* vbi statuitur non esse audiendos, qui constitutionem de quadraginta annorum præscriptione loquentem ad præiudicium publicarum functionum trahere conetur, quasi generaliter Imperator innuere velit, quod quotiescunque agitur de iure publico ipsi Imperatori debito, præscriptio 30. vel 40. annorum repelli debeat.

3. Insuper constat satis superque Imperatorem & principes res Imperii & principatus cum successorum præiudicio non posse alienare *capit. intellecto. de iureiur.* vbi Panormit. & Felinus *c. grandi. de suppl. neglig. prælat. in sext.* Anton. peregrin. *de iure fisci lib. 1 tit. 3. n. 71.*

4. Præterea cum princeps legibus solutus sit præscriptionis vinculo alligari non debet, nec leges de præscriptione rerum priuatarum sancitæ, ad ipsum extendi valent, *l. princeps ff. de legib.*

5. Accedit quod ad acquirenda ea, quæ sunt iuris publici opus sit interca pedine quæ nulla hominum memoria terminetur *cap. super quibusdam. de verbor. sign.* Cur igitur res principis minori temporis spacio præscriberentur?

6. Adde quod res principis commerciis sint exemptæ & propterea obligationis vel vsucapionis vel præscriptionis regulis irretiri nequeant *l. cũ seruus 39. §. si vero Salustianos. ff. de legat. 1.* vbi asseritur quod licet res aliena legari possit, ita vt illa, vel æstimatio ipsius soluenda sit, non tamen hoc probandum esse in rebus Augusti vel Cæsaris, adeo vt ne æstimatio quidem earum debeatur, quod furiosi sit talia legata testamento adscribere, neque commercium illorum esse possit. Si igitur res Cæsaris alienari non possunt, & si non sunt in commercio, sequitur quod nec vsucapionem admittant argum. *l. 28. ff. de verb. signific.*

7. In *l. vltim. Cod. de SS. Eccles.* aperte sancitur, Ciuitatibus hoc priuilegium indultum esse vt non, nisi centum annorum præscriptione, actiones, illis competentes, extinguantur. Cum igitur hoc beneficio gaudeant ciuitates, multo magis eodem gaudebit Imperator.

8. Denique munita est hæc sententia præstantissimorum ICtorum authoritatibus Felin. *ad cap. Ad audientiam num. 22. versic. amplia primo* Bald. *in l. 2.*

Cod.

Cod. de annal. except. num. 6. Andr. de Isern. *in c. 1. de prohibit. alienat. feud. per Fridericum.*

Cæterum contraria opinio, quod nempe res Cæsaris 30. vel quadraginta annorum spacio præscribantur nec fundamentis nec Authoritatibus destituitur.

1. Primo enim In *l. omnes. Cod. de præscript. 30. vel 40. annor. præscript.* generali sanctione communi hominum tranquillitati profunda quiete vt Imp. ait prospicitur, ita vt nullum neque priuatum, neque publicum ius, in quacunque causa vel persona quod quadraginta annorum spacio iugi silentio extinctum sit, moueri possit aut debeat. Et quanquam res fisci ante illam constitutionem vsucapioni & præscriptioni subiectæ non fuerint, sicut nec alia iura publica, hac tamen constitutione lata aliud dicendum videtur.

2. Confirmari deinceps videtur hæc sententia *l. comperit. Cod. eod. tit.* qua expresse sancitur quod qui rem aliquam per continuum 40. annorum curriculum sine legitima interpellatione possederint, nequaquam de possessione rei seu dominio remouendos esse; idque sine vlla distinctione, res priuatorum an Cæsaris fuerint: Et quanquam postea subiiciatur, illos nihilominus cogi & compelli posse vt ciuilem canonem & functiones fiscales agnoscant, non tamen hoc quicquam sententiæ huic præiudicat: Cum enim ipse Imperator suæ constitutionis mentionem fecerit atque hæc exceperit, exceptio autem sub ipsa regula comprehendatur, quamuis nonnihil de potestate ipsius detrahat, consequens est *prædictam constitutionem omnes.* de iure prædiorum Imperatoris deque rebus fiscalibus intelligenda esse.

3. Pro eadem sententia insuper facit *l. fin. Cod. de fund. patrimon.* vbi constituitur quod si quis fundos patrimoniales vel templorum, vel anagoretici seu releuatorum iugorum vel cuiuscunque iuris, per quadraginta annos ex quocunque titulo, vel etiam sine titulo iugiter possederint nullam penitus super dominio memoratorum omnium fundorum vel locorum vel domorum ad publicam actionem, vel molestiam, vel quamlibet inquietudinem formidare.

4. Quin etiam in eadem *l. final.* ostenditur, idem quoque iuris esse, si, adempto canone huiusmodi fundos sibi ab initio principalis iussione datos esse confirment & per 40. annos ademptio canonis beneficium iugiter possederint, tunc neq; fundum ab illis amplius auocari posse neq; canonem profligari, quod vtroque casu possessorum iura in eo statu, quo fuerunt sine vlla innouatione Imperator durare velit.

5. Insuper regula est certissima, fundata *in l. 1. Cod. de petit. hered. l. item veniunt. § Ait Senatus Digest. eod. tit. l. fisc. us Digest. de iure fisci.* quod quibus in causis fisco nulla prærogatiua nominatim collata sit, is iure communi vti debeat. Iam vero *in l. 3. & 4 Cod. de 30. vel 40. annorum præscriptione.* omnes actiones, de quocunque etiam iure competentes, triginta vel quadraginta annis præscribuntur & extinguuntur, Nec Imperator vel res & actiones ipsi competentes vllibi excipitur, nec vspiam ipsi ab hac longissimi temporis præscriptione vlla tribuitur immunitas aut prærogatiua. Ergo necessario dicendum est quod ipsius quoque Imperatoris res non minus atque priuatorum 30. vel 40. annorum spacio præscribantur.

Quibus ita ponderatis contraria prioris opinionis argumenta consideranda & dissoluenda erunt. Quod igitur ad primum, respondeo; Inter Imperatorem & pontificem non solum iura canonica, sed ciuilia etiam magnum

discrimen constituere, cum pontifex in spiritualibus: Imperator vero in temporalibus supremum fastigium obtineat: magna autem sit spiritualium præ temporalibus præminentia *l. Inter claras. C. de summa trinit. cap. Valentin. distinct. 63. c. Nouit. de iudic. cap. per venerabilem. de Elect. cap. causam quæ & cap. per venerabilem. extr. qui filii sint legitimi.* Nec contrarium probat *d. Nou. 7. c. 2. §. 1.* dum enim illic Imperator profitetur non multum inter sacerdotium & imperium interesse, eo pertinet quod in vtroque summæ potestatis imago reluceat, non vt in vtroque eadem plane iura consisteret. Quin etiam haut dissimulatur quorsum illa comparatio pertineat: huc scilicet, si agatur de permutatione rerum Cæsaris & Ecclesiæ. Deinde posito quod ratione dignitatis & sublimitatis nihil intersit inter Pontificem & Cæsarem, exinde tamen nullo modo sequetur quod priuilegium Ecclesiæ Romanæ aut Pontifici tributum ad Cæsarem extendi & porrigi debeat, cum satis constet priuilegia & beneficia iuraque singularia & exorbitantia ad exemplum & consequentias trahi non posse, nec illorum personas egredi quibus concessa & indulta sunt *l. quod vero ff. de legib. l. quod contra. ff. de Reg. Iur. § sed & quod principi. I. de iure Nat. Gent. & ciuil.*

Ad secundũ argumentũ respondeo, allegatã legem comperit. *C. de 30. vel. 40. annorum præscript.* solum & in specie de functionibus ciuili canone & alia quapiam publica collatione loqui & hæcã præscriptione quadraginta annorum velle esse immunia. Exinde vero non recte inferri nullas res Imperatoris aut fisci quadraginta annorum spacio præscribi. Quin potius cum hæc diserte & nominatim excipiat Anastasius consequens est, in cæteris rebus Imperatoris ac fisci regulam contrariam obtinere, iuxta illud exceptio confirmat regulam in casibus non exceptis. Et si quascunque res Cæsaris voluisset exceptas Anastasius, quam facile hoc ipsi fuisset? & proculdubio id etiam fecisset.

Ad tertium respondeo quod de rebus imperii ab Imperatore non alienandis dicitur, id de integris prouinciis aut membris alicuius principatus, quæ sine graui præiudicio secerni à reliquo corpore non possint, sed de rebus particularibus, veluti pratis, pascuis, vineis, oliuetis, ædibus, quæ non multum momenti in asserenda principis dignitate, tuendo ipsius splendore, propulsanda vi hostium, vel restituendis illis, quæ ad tutelam sui principatus pertinent, adferre possint: Cum enim Imperator eiusmodi rerum & bonorum administrationem habeat, & insuper earundem sit dominus *l. Bene à Zenone. C. de quadrienñij præscriptione l. Cum multa. C. de bonis quæ lib. l. fin. C. de donat. int. vir. & vxor.* Vult. *in tract. feud. c. 5. n 7.* Rosenthal *in synops. feud. c. 5. conclus. 10. n. 3.*

Ad Quartum argumentum respondetur princi[pem] quidem legibus esse solutum, sed tamen secundum leges ipsum viuere velle *l. digna vox. C. de legibus.* Deinde Imperatorem legibus ciuilibus esse solutum, nisi quatenus seipsum illis subiicit & obligatum esse vult: Iam vero demonstratum est ex *d. l. omnes. C. de 30. vel 40. annor. præscript.* quod Imperator, eo ipso quod iura quæcunque publica, actiones item quascunque quadraginta annorum spacio vult præscribi, semetipsum legibus de præscriptione longissimi temporis subiiciat. Iure proinde ipsis subiectus est.

Ad Quintum argumentum respondeo distinguendo inter res fisci & bona, quæ ad instructionem eius pertinent, & regalia, quæ tanquam maioris iudicii & sublimioris potestatis principes sibi salua esse voluerunt: Hæc aut nullo tempore præscribi possunt, aut eo tempore

tempore cuius initii non exter memoria *l. hoc iure. §. aqua ductus. ff. de aqua quotid. & æstiu. cap. super quibusdam de verbor. significat.* iura siquidem eiusmodi sunt quæ nemo nisi ex priuilegio supremi principis sibi arrogare potest.

Ad Sextum respondetur res principis non esse in commercio, nisi iussu principis id fiat: Iussum vero principis non solum expressum, sed etiam tacite interuenire posse *l. comperit. Cod. de 30. vel 40. annor. præscript. l. fin. Cod. de fund. patrimon.* Deinde respondet Gilckenius, adductum textum *§. si vero Salustianes.* ex audiendum esse vel de illis, quæ vsui publico sunt destinata, in quibus præscriptio locum sibi vindicare non potest *l. præscript. Cod. de oper. public. l. viam publicam. ff. de via publica refic.* aut de his quæ publicis vsib. perpetuo deseruiunt, vt sunt palatia & Basilicæ & circumiecta prælia *l quicunque Cod. de operib. public.*

Ad Septimum & vltimum ex *d. l fin. Cod. de SS. Eccles.* desumptum respondetur consequentiam non procedere à priuilegio & beneficio vni tributo ad beneficium alteri tribuendum: priuilegiorum enim, quia personalia sunt & personam non egrediuntur, sicut & supra ostensum est, non potest fieri à persona ad personam extensio *d. l. 14. ff. de Legib. l. quod contra. ff de Regul. Iur.*

Octauum ac postremum argumentum, ab Authoritate Dd. deductum, contraria Dd. authoritate facile refellitur: Quod enim principis res 30. vel 40. annis præscribantur aperte statuunt Bartolus & Zasius *in l in omnibus. ff de diuers. & tempor. act* Panormitan. *in cap vim à nobis. et. ex. tr. de præscript* Gui. Pap. *decis 264. n 1.* Boerius *decis. 264. n 21.* Iohannes Faber *in l 2. C comm. de vsucap.* Didac. Couarruu. *in Relect. cap p. ssess r § 2. n. 15.* Vult. *ad § Res fisci n. 20* Peregrin. *de iure fisci lib. 6. tit. 8. n. 1.*

Quæ. 26. De Rebus Ciuitatis quanto temporis spacio præscribantur non minus est controuersum? *Quanto temporis spacio res ciuitatis præscribantur?*

Et quidem Paulus de Castro *ad l. fin. n. 8.* & Bald. *n. 7.* Fulgosius *ad l. 1. Cod. de præscript. long. tempor.* Crauetta *consil. 411. n. 18.* Franc. Balbus. *de præscript. 3 part. 5. part. princ. q. 1. n. 2.* statuunt quod ciuitates in rebus præscribendis vtantur iure priuatorum & res illarum longo aut longissimo tempore ad instar priuatorum præscribantur. Vtuntur autem hi Dd. ad opinionem suam obtinendam sequentibus rationibus.

1. In *l. 1. in fin. Cod. de long. tempor. præscript.* aperte dicitur præscriptionem longi temporis etiam in Rebus Reipubl. obseruari.

2. Idem co firmat Paulus *in tit. 2. §. 4. lib. 4 sent.* hæc in verba scribens: *Viginti nanorū præscriptio etiam aduersus Rempublicam pro se est ei, qui iustum initium possessionis habuit, nec medio tempore interpellatus est.*

3. In *l. si finita. 5. § si de vectigal. ff. de damn. infect* ostenditur fundos vectigales contra municipes posse vsucapi longo tempore.

4. In *l omnes. C. de 30. vel 40. annorum præscript.* cauetur omne ius siue priuatum, siue publicum iugi quadraginta annorum silentio extingui.

5. In *l. præscriptio C. de oper. public.* dum sola longi temporis præscriptio remouetur, satis indicatur præscriptioni longissimi temporis 30. vel 40. annorum res ciuitatis subiacere.

Sed pro contraria opinione quod longo & longissimo tempore res ciuitatum non præscribantur, adducitur primo loco *l. fin. Cod. de SS. Eccles.* in qua expresse constituitur nullam præscriptionem centenaria minorem admittendam esse aduersus ciuitates, Ecclesias, hospitalia & pias causas.

2. In *l. præscriptio C. de operibus public.* sancitur, nullam in causis publicis præ-

scriptionem concedi: Illic enim Impp. Gratianus Valentin. & Theodos. *praescriptio*, inquiunt, *temporis iuri publico non debet obstare*.

Accedit quod *in l. praescriptio. ff. de usurpat. & usucap.* ICtus Papinianus aperte pronunciat, quod praescriptio longae possessionis ad obtinenda loca iure gentium publica concedi non soleat, exemplum in litore proponens quod quis aedificio suo complexus occuparet.

4. Sic etiam de via publica ex *l. 2. ff. de via publica*, constet quod non possit desinere esse populi, quamuis eius usum per multa tempora intermiserit: *Viam publicam*, ait ibi Iulianus, *non utendo populus amittere non potest*.

Ego ad conciliandos textus modo adductos, Gilckenii distinctione omnino utendum arbitror: Distinguit enim inter ea quae usui publico destinata sunt vel ad ciuitatis decorem & defensionem pertinent, caetera ciuitatis iura, ut prioris generis rebus praescriptio locũ non habeat: In posteriorib⁹ vero locũ habeat.

Praeterea & illud obseruandum est *in d. l. ut inter diuinum final. Cod. de SS. Eccles.* in tribus saltem casibus indulgere ciuitati bus centenariae praescriptionis beneficium unde extra casus istos ibidem expressos, ciuitas iure priuati utetur, Dan Mollerus *part. 2. constit. 5. n. ult.*

Quae. 27. *An L. final. Cod. de SS. Eccles. sit emendata per Authent. quas actiones. eod. tit.* Illud sane valde controuersum est an ne adducta *l. ut inter diuinum final. C. de SS. Eccles.* quae ciuitatibus tribuit priuilegium centenalis praescriptionis sit correcta & emendata per *Auth. quas actiones. C. de SS. Eccles. Etenim. in d. l. & inter diuinum.* Iustinianus Imperator ita scribit: *ut inter diuinum publicumque ius ut priuata commoda competens discretio fit: sancimus si quis aliquam reliquerit hereditatem vel legatum, vel fideicommissum, vel donationis titulo aliquid dederit vel vendiderit, siue sacrosanctis Ecclesiis, siue venerabilibus xenonibus vel ptochotrophiis, vel monasteriis masculorum, vel virginum, vel orphanotrophiis, vel brephotrophiis, vel gerontocomiis, vel non iuri ciuitatum vel donatorum vel venditorum vel relictorum eis sit longaeua actio, nulla temporum solita praescriptione coarctanda: Sed etsi in redemptionem captiuorum quaedam pecunia vel res relicta, vel legitimo modo donatae sunt, & earum exactionem longissimam esse censemus. Et nobis quidem cordi erat nullis temporum metis huiusmodi actiones circumcludi, sed ne videamur in infinitum hanc extendere, longissimum vitae hominum tempus eligimus & non aliter eam actionem finiri concedimus, nisi centum annorum curricula excesserint.*

Sed contra Authent. *quas actiones. C. eod. tit.* In Ecclesiis id, quod *in d. l. final.* sancitur quoad Ecclesiam aperte obrogat, & constituit, ut Romana Ecclesia excepta, reliquae omnes Ecclesiae in rebus suis quadraginta annorum praescriptionem experiantur: Igitur idem quoque in ciuitatibus intelligitur statutum adeoque beneficium centenariae praescriptionis ciuitatibus amplius non competet. Tum quia regula est à Iuris nostri Interpp. communi consensu comprobata, omnem dispositionem, qua antiqua iuris forma reuehitur & stabilitur, esse fauorabilem & interpretatione iuuandam *l. 27. §. pactum. ff. de pact.* Id quod in correctoriis etiam locum habere recte docuerunt Sichard. *in l. fin. Cod. de Edict. D. Hadriani tollend.* Couarru. *variar. resolut. lib. 3. c. 6. num. 4.* Euerhard. *in topic. in loco à ratione legis larga n. 29.* Decius *consil 11. n. 17. & 19.* Certum autem est quod ante constitutionem Iustiniani centum annorum praescriptio in rebus ciuitatis locum non habuerit, prout verba ipsius legis satis demonstrant Iustinianum primitus singulari religionis Zelo & publicae utilitatis, fauore rebus ciuitatis hoc beneficiũ indulsisse, tum quia Iustinianus *in Nouell. 131. c. 6.* errorem suum ipse agnouit, & quod *in d. l. ut inter diuinum finalem*

circa

circa res Ecclesiarum & piarum causarum constituerat, diserte emendauit: Tum quia quotiens lex aliqua expresse corrigitur in vno, eadem quoque in altero emendata intelligatur. Gloss. *cap. si postquam* §.*x. de Elect. in sext.* Gloss. *in l. si quis vero Cod. de furt. & ibid.* Bald. *num.* 7. Salycet. *nu.* 3. Bartol. *in l.* 2. *Digest. de legat.* 1. *num.* 4. Castrensis *num.* 2. *&* 3. Alex. *n.* 3. Alciat. *num.* 20. Zas. *circa fin. eius l.* Maxime vero vbi in lege emendata eadem & par vtriusque ratio fuit. Iam vero constat quod *in d. l. final.* ius ciuitatum & Ecclesiarum ex eadem ratione eandem decisionem meruerint: Consequens igitur est quod in dispositione contraria & correctoria eandem habeant decisionem & sicut *d. l. finalis* in vno, quod res Ecclesiæ mutata est per *d. Authent. quas actiones* Ita quoque quoad res ciuitatum emendationem accepit. Maxime cum res Ecclesiæ maiori nitantur fauore quam res ciuitatum: Igitur absurdum foret beneficium quod vtrisque simul erat tributum, Ecclesiæ adimi, non autem ciuitati.

Cæterum sententiæ huic nequaquam subscribere possum: Etenim *in d. l. vt inter diuinum.* priuilegium centenariæ præscriptionis, aperte tribuitur Ciuitatib. Ecclesiæ & Piis causis: Hæc autem lex etsi quoad Ecclesias & pias causas sit *in d. Authent. quas actiones. & Nou.* 131. *c.* 6. mutata: Non tamen quoad res publicas siue ciuitatum vspiam correcta reperitur: proinde ei standum erit *l. præcipimus Cod. de appellat.* vbi dicitur quod correctum non reperitur, cur stare prohibeatur? Sed & alias legum correctiones, vt quæ Reip. per culosæ & sæpe etiam perniciosæ esse soleant, non præsumuntur, sed quando allegantur, probari debent. Id que maxime tum locum habet quando lex, quæ dicitur correcta singularem fauorem aut beneficium rei per se fauorabilis continet. Sed & lege aliqua in vno correcta, in reliquo censetur aperte confirmata: Et sane si Iustinianus eam, etiam quoad res ciuitatis corrigere & emendare voluisset, fecisset vtrique; At cum hoc non fecerit præsumitur voluisse, eam quoad ciuitatum res in pristino vigore & obseruantia persistere. Insuper odia restringi fauores autem extendi debent, *cap. odia de Reg. Iur.* Negari autem non potest quin constitutio quæ adimit beneficium aliquod rei fauorabili singulari ipsius fauore ei tributum, non sit fauorabilis, sed odiosa: nõ igitur à persona ad personam, à re ad rem extendi debet. Denique obseruandum est quod in proposito diuersa sit Reipubl. & Ecclesiæ ratio: Nam prafatum priuilegium tributum est Ecclesiæ fauore religionis: Ciuitatibus autem fauore & studio publicæ vtilitatis; vnde ab vno emend. to ad emendandum alterum argumentum, vtpote à separatis & diuersis non procedit.

Non obstat interpretationem istam qua res ad antiquum & pristinum statum reducitur esse fauorabilem & interpretatione iuuandam: Hoc enim procedit in dubio & quando iusta est de correctoriæ legis generalitate dubitandi ratio: Hic autem nulla apparet ratio iusta dubitandi de eo, ad quasnam res pertineat *d. Authent. quas actiones & Nouell.* 131. *c.* 6. cum id disertis verbis ibidem sit expressum. Deinde locum habet prædicta regula quando lex correcta, quæ in pristinum statum dicitur reducta, non est fauorabilis & lex corrigens odiosa, prout de hoc præsenti casu ostensum est. Reliqua quæ in contrarium adducuntur, sunt exigui momenti, refutatione prolixiore indigna & iam tum ex præcedentibus refutatio illorum satis & abunde patet.

Placet hoc loco illud quoque inuestigare quanto temporis spacio aliquis

Quæ. 28. Quanto temporis spatio immunitas vectigalium & collectarum præscribatur?

immunitatem à vectigalium, indictionum & collectarum præstatione præscribere & per præscriptionem sibi acquirere possit? Et quidē Ægidius Thomaes *in tractat. de collect. siue muneribus Patrimon.* §. *Exactis Ecclesiastic. person. num. 21. versic. si in vsu tutelam.* statuit nullo omnino tempore, ac ne quidem immemoriali immunitatem eiusmodi acquiri. his argumentis motus.

1. Pro tributis, inquit, & indictionibus prædia singulorum tacite sunt obligata. At contra hypothecam nulla temporis præscriptio procedit *L. Neque Cod. de vsucap.* sequitur igitur quod contra collectas & vectigalia nulla præscriptione immunitas acquiritur.

2. In rebus & obligationibus fisco iam incorporatis nulla præscriptio admittenda est *L. omnes C. de quadriennii præscript, L. 2. C. comm. de vsucap.* Vniuersitas autem aduersus prædia habet tacitam obligationem, aliquo modo expressam quod quis se inscribi patitur in libro obligationis. Igitur sicut in proposito nulla obligatio contra fiscum procedit, ita nec contra vniuersitatem, secundum Glossam *in L. 2. Comm. de vsucap.*

3. Illa quæ sunt definita ad vsum publicum, in præscriptionis causam adduci non possunt *l. viam. ff. de via publica.* Atqui obligatio ad collectarum vectigalium & indictionum præstationem pertinet ead vsum publicum, vt facilius obsequiis pareatur *l. fin. Cod. de muner. patrim.* Nullo igitur temporis interuallo præscribi huiusmodi obligatio potest.

4. Iuris est certi & explorati quod cum promisero quandocunque me soluturum vel facturum aliquid esse, istam conuentionem non recipere præscriptionem *l. Quod si nolit.* §. *quod si ita. ff. de ædilit. edict.* In præsenti autem casu prædia perpetuo sunt obligata solutioni munerum: proinde obligatio hæc nullius temporis præscriptione extingui poterit.

5. Insuper notum ac tritum est iuris axioma, contra Charitatiuum subsidium non admitti præscriptionem *cap. accedentes. extr. de præscriptione*: Indictionum autem & collectarum subsidium est Charitatiuum, vt per se patet, quare contra illud nulla præscriptio currit.

6. Præterea collectarum & decimarum par est ratio & conditio: Atqui decimarum non est præscriptio *cap. Cleric. causa 16. q. 3.* Igitur nec decimarum.

7. Videtur insuper hæc sententia probari textibus perspicuis. Nam *in L. comperit C. de præscript. 30. vel 40. ann. l. vsucapionem. ff. de vsucap.* res publicæ sacræ, solutio tributorum præscriptionem nullam admittunt, sed omnes coguntur soluere publicas functiones ac collationes, omni prorsus præscriptione exclusa.

8. Comprobare idipsum quoque videtur *l. fin. Cod. de rei domin. vel templor. & c. placuit.* §. *iubemus. causa 16. q. 3.* vbi cauetur quod si quis possideat rem 40. annis illum de dominio eius non remoueri, sed tamen publicas functiones agnoscere, nec auxilio temporis se tueri.

Cæterum quod immunitas à Collectis in dictionibus & vectigalibus præscribi possit & acquiri immemorali præscriptione, statuunt Bartol. *in l. fin. Cod. de fund. patrimonial.* Salycet. *in l. comperit. C. de præscript. 30. vel 40 annor.* Petrus Gilck. *ad d. Authent quas actiones.* eamque sustinere videntur sequentia argumenta.

1. Quæcunque sunt de reseruatis principis ea non extinguuntur quadragenaria præscriptione, vt infra ostendetur & probat *l. fin. ff. de aqua plur. arcend. l hoc iure.* §. *aquaductus. ff. de aqua quot. & æstiu. cap. super quibusdam. de verbor. sign.* concedere autem à tributis collectis & vectigalibus est de reseruatis principis *l. vnic. C. de his qui à principe vocat. accep. l. 1. Cod.*

Cod. de decret. decur. 2. Pro eiusdem opinionis confirmatione facit inprimis *l. Licitatio. §. Earum. ff. de publican.* quo in loco ita scribitur. *Earum rerum vectigal, quarum nunquam praestitum est, praestari non potest, quod si praestari consuetum indulgentia publicani omiserint, alius exercere non prohibetur.* Hic cum ICtus aperte profiteatur, tum demum vectigalis legem exerceri non posse, cum nunquam praestitum est vectigal & haec dictio *nunquam* infinitum tempus complectatur, satis aperte significatur quod immunitas vectigalis praescribi non possit.

3. Pro eadem sententia militat etiam *l. comperit. C. de 30. vel 40. annor. praescr.* quo in loco indicatur, praescriptionem centenalem seu immemorialem oneri collationis posse opponi, quia praescriptio quadraginta annorum prohibetur. Sed hoc argumentum satis lubricum mihi esse videtur quoniam verba *d. l. cõperit.* sunt generalia & quãcunque praescriptionem excludunt: *functiones*, inquit Imperator, *seu ciuilem canonem, vel aliam quamlibet publicam collationem, eu impositam, deuendere compelli, nec huic parti cuiuscunq. temporis praescriptionem oppositam admitti.*

4. In *l. Emphyteutici. Cod. de fund. patrimonial.* cauetur quod possessio, quae sine obligatione speciali fuerit vitiosa, vetustate temporis non adiuuetur. Et quanquam Glossatores per *vetustatem* intelligant tempus decem vel viginti aut etiam triginta & quadraginta annorum. Hoc tamen diuinatorium est & in coniectura mera consistit, nec vllam habet in iure fundamentum.

5. Corroborat porro hanc sententiam *l. cum notissimi § final. C. de 30. vel 40. annorum praescriptione* vbi constituitur, in obligationibus, quae diem aut conditionem habent, non cedere pręscriptionis curricula, nisi ex tempore quo dies praestationis illuxit, ita vt praeteritatum pensionum obligatio sola tollatur, non autem earum quae nondum cesserunt, quod tamen cum hoc moderamine intelligendum; Nisi immemoriale tempus praescriptionem sustineret.

6. Postremo confirmant hanc sententiam non parum praestantissimorum ICtorum auctoritates, vt Bal. *in tract. de praescript. part. 2. quinta part princ. q. 7.* Didacus Couarruv. *in c. possessor. §. 2. n* 8. Petrus Gilk. n. *ad d. Auth. quas actiones, C. de SS. Eccles. l. 1.* Mynsing. *Respons. 1. nu. 54 decad 15.* Henric. Bocerus *in tract. de coll. c. 4. 11. n. 61. & seq.*

Sunt porro quidam qui quadraginta annorum spacio immunitatem à collectis & indictionibus mediante praescriptione acquiri statuant, dummodo duo haec accesserint, 1. vt is, qui ex praescriptione praetendit hanc immunitatem intra 40. annos non soluerit collectas subditis generaliter interdictis. 2. Vt tempus illud 40. annorum post aliquam collectarum subditis indictarum exactionem effluxerit. Et quanquam nonnulli requirant insuper vt praescribens ad soluendas collectas specialiter sit requisitus, is vero expressim recusauerit Mynsing *d. Respons. 1. n. 17. decad. 15.* Rosenthal. *tractat. feudal. cap 5. conclus 8 4. num. 3.* Contraria tamen sententia verior esse videtur idque ex hac ratione quod nusquam in iure ad praescriptionem 30. vel 40. annorum illius iuris quod praescribendum est desideratur interpellatio, seu admonitio & praescribentis recusatio.

Et hanc sententiam posteriorem iudico esse veriorem idque per textum expressum in *l. omnes. Cod. de praescript. 30. vel 40. annor.* vbi generaliter cauetur, omne ius tam priuatum, quam publicum triginta annorum spacio praescribi, nec textus dari potest quo ius immunitatis à praestatione collectarum excipiatur. Nam quod ad *l. comperit. eod. tit.* attinet,

in qua exceptionis validum præsidium & fundamentum existere arbitrantur, quam parum ea ad rem faciat mox ostendemus.

Non igitur quicquam resistunt argumenta prioris opinionis, omnem omnino præscriptionem in collectarum immunitate habere negantis, sunt certe non adeo magni ponderis, prout quidem prima fronte apparent, si modo diligenter & accurate considerentur.

Ad primum enim Thomatis argumentum responderi potest, etsi obligatio hypothecaria, realis non extinguatur præscriptio primo ac principaliter, principalem tamen obligationem, qua ad collectarum præstationem obligati sunt subditi, præscribi 30. annis *d. l. omnes.* consequenter etiam extingui obligationem fideiussoriam, quia sublata obligatione principali tollitur quoque accessoria. *l. cum principalis. ff. de R. Iur.* Deinde etsi hypotheca, seu ius pignoris non præscribatur 30. annis, præscribitur tamen annis quadraginta *l. Cum notissimi. C. de 30. vel 40. annor. præscript.*

Ad secundum respondetur res fisci non posse vsucapi seu longo tempore præscribi: At præscribi posse tempore longissimo 30. vel 40. annorum, qua, vt supra ostensum fuit, omne ius tam priuatum, quam publicum præscribitur & extinguitur *d. l. omnes.*

Ad tertium respondetur in adducta *l. viam ff. de via publica.* agi de re meræ facultatis, quæ sua natura præscribi non potest. Etsi enim populus vsum viæ publicæ intermiserit, non tamen prohibebitur postea, cum occasio illud requirit, eundem repetere, quia nemini præscribi potest quanam via vtatur.

Ad quartum argumentum hæc est responsio obligationem istam seu conuentionem qua quis sese obligauit vt prædium ipsi venditum quandocunque redimi possit sine vlla temporis definitione, propter conuentionem expressam præscriptionem non admittere id quod in proposito plane non obtinet. Deinde etsi obligatio ista subditorum ad indictiones & collectas sit perpetua; tamen ita erit perpetua, prout sunt cæteræ actiones & iura: ita videlicet perpetua vt 30. vel 40. annorum spacio extinguatur *l. omnes. C. de præscript. 30. vel 40. annor.*

Ad Quintum argumentum respondetur collectas & indictiones nec non vectigalia non esse subsidia charitatiua vt colligere promptum est ex *cap. accedens & cap. cum non liceat. extr. de præscri-ptione cap. ...um instantia. de censib.* Deinde quod onus collectarium non sit subsidium collectiuum, sed onus obligatorium ipse Thomates fatetur: At contra obligationem currit longissimi temporis præscriptio *d. l. omnes.*

Ad sextum argumentum respondeo collectarum & decimarum diuersissimam esse rationem. Decimas siquidem iure diuino deberi nullum est dubium, vnde illas præscribi absurdum foret *cap. Reuertimini caus. 16. q. 1. cap quicunque cap. Maiores ead. caus. q. 7. cap. parochianus extr. de decimis.*

Ad septimum argumentum ex *d. l. comperit.* deductum respondit Henricus Bocerus *in tractat. de collect. c. 11. num. 8.* istum textum conceptum esse de tributo quod specialiter Imperatori ex prædiis ipsi tributariis in signum subiectionis, superioritatis & recognitionis vniuersalis dominii debetur, prout enim explicant Balb. *in tractat. de præscript. part. 2. quint. part. principal. q. 1.* Bartol. & Bald. *in d. l. comperit.* At contributio est de reseruatis principis in signum singularis priuilegii ob publicam Imperii vel prouinciæ vtilitatem vel necessitatem indicta Balb. *dict. part. 5. princ. part. 11 quæst. 1.*

Minus

Minus vero ad rem facit allegata *l. vsucapionem. ff. de vsucap.* loquitur quippe solum de vsucapione rei fiscalis, quæ olim fuit vnius anni hodie triennii in rebus mobilibus, decennii in rebus immobilibus inter præsentes, inter absentes vero viginti annor. *pr. I. de vsuc.* quali præscriptione longi temporis immunitaté à collectis nō præscribi, ipsemet fatemur: Ex eo tamen minime sequitur quod nec longissimi temporis præscriptione, quæ est triginta vel quadraginta annorum, quaque ius omne etiam publicum, extinguitur *d. l. omnes*, immunitas à collectis acquiratur. Ad octauum & vltimum argumentum, quod ex *l. fin. Cod. de rei dom. & d. cap. placuit. § iubemus. caus. 16. q. 3.* depromitur, eadem est responsio quæ supra ad *l. comperit.* data fuit. Idemque respondendum quoque est ad *can. iubemus. caus. 16. quæst. 4.* quia ex *d. l. comperit.* descriptus est.

Illud obseruatu dignum est quod etsi longissimi temporis præscriptio immunitatem præstet à collectis ordinariis, non tamen acquirat libertatem ab extraordinariis, quales sunt collectæ turcicæ, vti ex Imperii Recessibus apparet, Wormat. de anno 1495. tit. **vom gemeinen Pfenningen.** August. de anno. 150. Tit **von Soldnern** Spirens. de anno 1544. §. **vnd nemlich sollen alle.** Et denique decreta comitiorum nouissimorum de anno 1576. §. **vnd nach dem dieselbe.** de anno 1582. §. **vnd demnach sollen die Vnderthanen.** de anno 1594. §. **demnach sollen die Vnderthanen.** de anno 1598 §. **dieweil dann.** & §. *sequent.* & de anno 1603. §. **nach dem.** Bocerus *d. c. 11. n. 81. & sequent.* & Iohann. Kœppen. *quæst. 61. n. 16.*

Quocirca ex his palam est Thomatis, collectas nullo plane tempore ac ne immemoriali quidem præscribi asserentis, opinionem falsam esse ac principiis & fundamentis omnino lubricis suffultam. Consideranda & perpendenda nunc sunt illorum fundamenta, qui præscriptionem immunitatis collectarum admittunt quidem, sed immemorialis temporis præscriptionem desiderant.

Et quidem quod ad primum argumentum attinet fateor quidē quod ius collectandi sit de reseruatis principis, sed distinguendū tamen arbitror inter ea quæ sic de reseruatis sunt Imperatoris, vt ipsi in signum subiectionis, superioritatis & recognitionis vniuersalis dominii reseruentur. Et ea, quæ sunt de reseruatis principis in signum singularis priuilegii ob publicam vtilitaté vel necessitatem: prioris generis reseruata præscribi non posse arbitror, nisi tempore fortassis immemoriali, de quo tamen ipso infra sub *thesi 6. lit. A.* disserendi occasio dabitur, posterioris aut generis reseruata, ad quæ collectæ referri debent, quadraginta annorum spacio præscribi possunt vt paret ex *d. l. omnes. C. de long. temp. præscriptione 30. vel 40. annor.*

Ad secundum respondeo *in l. Licitatio. §. Earum ff. de publican.* non agi de præscriptione immunitatis vectigalium, nec tractari de illis rebus, quæ per præscriptionem ab onere vectigalium sint immunes; sed de istis rebus, de quibus antehac vel ex singulari priuilegio, vel ex conuentione aut consuetudine antehac vectigal exactum non est.

Tertium argumentum satis est imbecille ac prope sua sponte corruit: Et quinam verus sit *d. l. comperit.* intellectus supra ostensum est.

Quartum itidem infirmum est: Nam vnde docebunt dissentientes quod vocabulo non longum 10. vel 20. sed longissimum 30. vel 40. annorum tempus intelligatur.

Ad Quintum argumentum respondetur illud huc plane accommodari non posse: nec enim obligatio subditorum ad collectarum & vectigalium præstationem talis est vt diem & conditio insi e contineat.

Sextum & vltimum contraria Dd. Authoritate refellitur nec enim desunt qui quadraginta annis ius collectandi præscribi posse contendant, modo adsint duo ista requisita, de quibus supra Et insuper argumentum ab authoritate Interpp. siue Doctorum deductũ, textu aut euidenti iuris ratione validissime infringitur. Et hæc de præscriptione collectarum.

Quæ de iure Saxonico porro hic Author noster subiicit, quod sæpe illo iure duæ saltẽ præscriptiones tricẽnalis nẽpe & annalis sint cognitæ; Quod item præscriptiones speciales siue singulares iure ciuili, siue communi introductæ, in foro Saxonico nõ sint sublatæ; Quod tricennalis præscriptio sit annorum triginta & vnius, sex septimanarum, & triũ dierum: Quod in rebus tam incorporalibus quã immobilibus locum habeat; Quod eadẽ triennali præscriptione in territorio Saxonico omnes seruitutes præscribantur. Quod insuper præscriptio annalis ad res mobiles separatim consideratas, nec hereditati, vtpote iuri cohærentes spectet. Quod eadem in expeditoribus, vtensilibus & victualibus locum habeat, hæc omnia, inquam, tum ex testibus tum ex authoribus allegatis ita sunt plana & perspicua vt vlteriori declaratione indigere non videantur. Illud quæstionis est, anne præscriptio tricẽnalis in iuribus ac rebus Ecclesiarum & piarum causarum de iure Saxonico, locum habeat? Etenim ex præ dictis constat quod hodie res Ecclesiarum, Romana excepta, & piarum causarum iure cæsareo quadraginta demum annis præscribantur *Authent. quas actiones. C. de SS. Ecclesiu. & Nouella 131. c. 6.* Et quanquam hic de præscriptione rerum Ecclesiarum & piorum locorum articulus in iure Saxonico non fuerit decisus, sed omissus eum tamen Elector Saxoniæ decidit in constit. 5. *part.* 2. & ita quidem decidit vt in sua ditione quoad illum ius commune obseruari voluerit, Verba constitutionis hæc sunt: **Vnsere verordnete seynd dessen einig/daß die præscription der dreyßig Jahr/Jahr vnd tages / dauon der Sachse Redet/ nicht stadt habe/wider Kirchẽ/Vniuersiteten/Schulen/vnd andere pia loca.**

Vnd weil dan die gemeine Rechte verordnen/daß nach verlauffung Viertzig Jahr wieder Kirchen könne præscribirt **werden/daß sie auch innerhalb vier Jahr / vnd nach vier Jahren** iusta ex causa **zu restituiren / derowegen sey billich / daß man sich in sprechen diß falls nach dem gemeinen Rechten halte / solches** priuilegium **aber die** Clerici, **Professorn der** Vniuersiteten **oder einzle Personen/in ihren selbst Priuatsachen/ nicht haben sollen / so lassen wir es auch dabey bleiben/vnd sollen sich vnsere Gerichte in rechtlichem Erkäntnus dessen also halten.**

Equidem cum iure Saxonico, vt supra ostensum, in præscriptione longissimum tempus sit 30. annorum, anni & diei, dicenoum videbatur spacium illius temporis ad præscribendum contra Ecclesias, hospitalia & alia pia loca sufficere; tum quia omnia iura statutaria ita intelligi oporteat vt aliquid addant iuri cõmuni *c. 2. de præbend. in sext.* Bartol. *in l.* 3. §. *prætor ait n.* 15. *ff. de damn. infect.* Abbas *in cap. cum venissent. extr. de constitut.* Boerius *decis.* 188. *n.* 4. *versi. Nihilominus.* Tum quia quando Ecclesia vel pius locus sumit fundamentum ex aliquo statuto laicorum in quo est præfixum certum tempus, cum possit ipsi obiici exceptio præscriptionis statutariæ, quia ex quo assumat pro se adminiculum statuti, debet etiam

Quæ. 29. Iure Saxonico quo tempore contra Ecclesiam & pias causas currat præscriptio?

etiam admittere cõtra se exceptionem, ex eodem statuto prouenientem Bald. *in Lomni inuocatione circa finem. Cod. de SS. Eccles.* Veruntamen his non obstantibus contrarium placuit Electori in supra citata constitutione, ex ista fortassis ratione, prout *in commentario ad d. constit. 5.* coniicit Mollerus, quod præscriptio statutaria surrogatur in locum præscriptionis iuris communis Bald. *in l. in contractibus in fine pr. C. de Non num. pecunia.* Ferret. *in l. 3. ff. de vsucap.* & ideo ius Saxonicum, inducens præscriptionem 30. annorum, anni & diei ita intelligendum vt contra priuatos locum habeat, non contra Ecclesiam aut alia pia loca, quæ iure communi ab actionibus suis non nisi spatio 40. annorum excluduntur *d. Authent. quas actiones* Et ita Daniel Moll. *ad d. constit. 5.* Herg. *in quæst. iuris Ciuil. & Saxonic. part. 1. q. 16. n. 46.* Beust. *ad l. Admonendi n. 868. & seq. ff. de iureiur.* Wesenbec. *in addit. ad Sneidewin. tit. de vsucap. rubr de speciebus præscript. num. 18.* Culer. *part. 1. decis. 20. num. 7.*

Quæ. 30. *Quo tempore currat contra ciuitates de iur. Saxonico?* Sed numquid contra ciuitates currit præscriptio Saxonica 30. annorum, anni & diei, quæritur? & videbatur dicendum quod sic quia ex *l. vt inter diuinum. final. Cod. de SS. Eccles.* ciuitatibus deferr beneficium centenariæ præscriptionis. Igitur secundum hoc ius commune conformandum videbatur etiam ius statutarium Saxonicum, maxime cum *in artic. 28. §* das der Sachs *lib. 1.* Land. recht. id haut obscure cautum reperiatur Sed nunc Electori Saxoniæ aliud placuit *in constit. 6. part. 2.* vbi ita scribit: Es halten gleicher gestalt etliche darvor / daß die verjährung der Sächsischen Recht / wieder eine Statt oder R... nicht statt habe. Dieweil aber vnsere Schöppen nicht ... guten erheblichen Vrsachen bißanhero / nach Sachsen Recht / auch die verjährung der ein vnd dreyssig Jahr / sechs wochen vnd drey Tage / in diesen Landen dißfals gesprochen / so lassen wir es auch dabey bleiben / vnnd wollen daß hinfüro dermassen auch also erkant werden soll.

Et hanc Electoris sanctionem iuri communi consonam esse scribit Daniel Moller. *ad eand. constit num. vlt.* Cum ex allegata *l. final.* satis liqueat, ciuitatibus, non, nisi in tribus casibus il ic relatis & expressis priuilegium centenariæ præscriptionis tribui.

Incidenter hoc loco quæritur quanto tempore bona vacantia, quorum spes aut actio quæsita est fisco, præscribantur? Et quidem hac de re in iure nostro ciuili de cuius sententia nunc quæstio est, regula traditur quod in omnibus fisci quæstionibus, exceptis causis, in quibus minora tempora seruari specialiter constitutum est, viginti annorum præscriptio custodiatur *l. in omnibus. Digest. de diuers. & temporal. præscript. l. 1. § præscriptio ff. de iure fisci. l. 2. § sed etsi per viginti, Digest de requir. reis vel absent. damn. l. querela 12. Cod ad L. Cornel. de sicariis.* Quæ. 31. *Bona vocantia quãto tempore contra fiscũ præscribantur?*

Sed vtrum hæc viginti annorum præscriptio contra principem etiam ignorantem talia iura sibi delata esse, currat, præsertim vero quando agitur de accusatione criminali & compendio quod exinde ad fiscum pertinet? haut iniuria quæritur: Etenim Farinac. *in prax. criminal, lib. 1. tit. 1. q. 10.* Bald. *in l. final. Cod. de dolo.* & Iul. Clarus §. *final. q. 51.* statuunt præscriptionem contra fiscum currere indistincte, siue sciuerit, siue ignorauerit princeps talia iura fisco esse delata.

Et pro hac sententia textus esse videtur *in l. final. Cod. de dolo malo. & in l generò. Digest. de his qui not. infam.* vnde patet tempus præscriptionis etiam ignorantibus currere.

Cæterum ab hac opinione rursus dissentiunt Anton. Augest. *in annot. ad*

ad Angelum de Malefic. in verb. imbeata facta Boer. *decis. 26. num. 16* Et horum opinionem confirmat primo textus *in l. 4. § 1. ff. de requir. reis.* vbi sic scribitur: *Ergo & viginti annorum tempus exinde fisco numeretur, ex quo annotatio publice innotuit.*

2. Accedit huic textui & ratio satis euidens & perspicua, quod nempe actionum præscriptio ob negligentiam actorum, ius suum intra legitimum tempus in iudicio non prosequentium, introducta sit: Atqui ignoranti & iustam quidem causam ignorantiæ suæ habenti, maxime si sit facti alieni nulla culpa, nulla negligentia potest imputari.

Prosperus Farinaceus *in d. quæst. 10. nu. 13.* secutus Castrensem *volum. 1. consil.* 17. *n. 5.* & vtrumq; secutus Petrus Gilcken. *in d. Authent. quas actiones. c. 13. n. 5.* præfatas duas opiniones hac distinctione conciliare & in concordiam redigere conantur, vt intersit, an res adeo occulta fuerit vt per quamcunque diligentiam inuestigari nō potuerit; An vero diligentia quadam adhibita potuerit deprehendi & inuestigari bona fisco delata esse: vt priori casu præscriptio contra fiscum cedat à die scientiæ, posteriori vero statim à die, quo bona fisco deferri cœperunt.

Distinctionis huius istam rationē reddunt quod hoc posteriori casu culpa & negligentia possit imputari fisco: Hoc vero non item. Et quanquam alias vsucapionis & præscriptionis cursum non impediat ignorantia domini. *l. 1. C. de vsucap. transform. l. fin. C. de longi temp. præscript. l. si partem. ff quemadmod. seruit. amitt. Authent. Malæ fidei. C. de long. temp. præscr.* ex eo tamen, quod *in l. 1 ff de vsucap.* ratio illius hæc redditur, quod dominis sufficiat ad inquirendas res suas præfinitum tempus, satis colligitur, quod si omnis explorandæ veritatis ratio & occasio defecerit, vsucapioni & præscriptioni locus non sit: Vt taceam quod iura paulo supra allegata loquantur non de præscriptione actionum, sed de aliarum rerum vsucapione & præscriptione, diuersitatem autem & differentiam harum supra ostendimus.

Quæ. 32. *Quo tempore de iure Saxonico præscribatur iniuriarum actio?*

De Actione iniuriarum, in foro Saxonico proponenda, non conueniunt Interpretes Iuris Saxonici vtrumne annus ille intra quem instituenda est, sit ciuilis, an vero sit Saxonicus, qui scilicet sex septimanas & vnum diem adiunctum habeat?

Prius statuit & affirmat Chilianus *in process. c. 58. num. 3.* vbi dicit **die klag vmb** iniurien **wehret allein ein Jahr lang vnd nicht länger.** Deinde in consultat. Saxonic. *tom. 3. part. 4. quæst. 30. num. 5. 6. 7.* statuitur actionem iniuriarum **innerhalb jahrsfrist** instituendam esse. Et hanc opinionem quoq; confirmare videtur. *Electoral. Saxon constitut. 46. part. 4.* cuius initialia verba ita habent: **Dieweil die Rechten Ordnen vnnd Setzen/ das die wörtlichen** iniurien **in Jahrsfrist** præscribiret **werden/ so lassen wir es auch dabey bleiben.**

Contrariam vero opinionem tuetur Petrus Heigius *part. 1. quæst. 16.* & Ioachimus Beust ad *L. Nam postea quam. §. si is qui. num. 11. & 12. Digest. de iniur. Et consultat. Saxon. part. 4 quæst. 62. num. 2. tom. 2.* vbi dicitur; **das** verbal iniurien iure ciuili **in einem Jahr / nach Sachsen Recht aber in Jahr vnd Tag/ das ist /ein Jahr Sechs wochen vnd drey Tag** præscribiret **werde.** Et hactenus de Rebus quę vsucapi & præscribi possunt vel non possunt. Sequitur vt de requisitis legitimæ vsucapionis siue præscriptionis nonnihil dicamus.

RESOLVTIO THESIS *Quinta.*

ET primo quidem atque ante omnia requiritur ad vsucapionem *possessio.*

Est

Est enim hæc vsucapionis causa proxima, quæ ita, vt post dicetur, iusto titulo, bona fide & legitimo tempore qualificata vsucapionem parit: Vnde etiam frequentissime vsucapio longi temporis possessio appellitatur. Et hoc est quod *in L. 25. ff. de vsuc.* ICtus scribit: fine possessione vsucapionẽ nõ procedere, quæ regula *in cap. fine de R. I. in sext.* itidẽ inculcatur.

Debent autem possessio continua, non interrupta. *§ diutina. §. nouissime I. de vsucap. l. 4. §. 15. D. gest. eod. tit. l. 13. §. penult. Digest. de acquir. poss.* Et quanquam ab vno possessore ad alium transferatur, non tamen eiusmodi translatione interrumpitur, sed continuatur successori *§. diutina Inst. de vsucap.* Equidem si ius strictum seu iuris rigorem spectemus, non potest huiusmodi possessionis cõtinuatis in alia persona eiusdemque translatio fieri, quoniam possessio aliena nostra fieri non potest, quandoquidem possessio non est res, quæ possit in nos transferri vt quæ sit in facto & detentione posita & facti magis quam iuris *L. 2. §. si vir. Digest. de acquir. possess.* Recte proinde Scæuola dixit continuationem istam & accessionem possessionis consistere in sola æquitate *l. de accessionibus. Digest. de diuers. temp. præscript.* Donellus *5. cum* 20. Continuatur autem possessio antecessoris in successorem, siue is vniuersalis fuerit, vt heres, bonorum possessor &c. siue particularis aut singularis: Ita quippe Iustinianus *in d §. diutina. Inst. de vsucap. Diutina possessio qua prodesse cœperat defuncto & heredi, & bonorum possessori continuatur, inter emptorem quoque & venditorem coniungi tempora placet.*

Illud vero inter successorem vniuersalem & singularem interest quod illi sic possessio defuncti continuatur vt si antecessor iustum habuerit initium, hoc successori vniuersali prosit, quamuis ipse in bona fide non fuerit, & contra si in mala fide fuerit antecessor, hoc noceat successori, quamuis ipse bona fide possederit *§. 12 I. de vsucap.* & ratio est quod cum vniuersalis successor defuncti personam repræsentet idcirco non spectetur qua fide heres vel bonorum possessor possideat, sed qua possederit defunctus, ita vt possessio illorum ex fide huius æstimetur.

Particulari vero successori neq; bona fides antecessoris prodest, nec mala fides nocet, quoniam hic est personæ duntaxat & non rei successor, seu, quod idem est, particularis successor non succedit in personam, sed in rem duntaxat, & ideo nec antecessoris personã repræsentat: Veruntamen hoc ita verum nisi hic singularis successor auctoris & antecessoris sui accessione vti velit: Sic enim hac de re Vlpianus scribit *in l. An vitium. 5. ff. de diuers. & tempor. præscript. An vitium auctoris vel donatoris eiusue qui mihi rem legauit, mihi noceat, si forte auctor meus iustum initium possidendi non habuit, videndum est, & puto neque nocere, neque prodesse: Nam denique vsucapere possum quod auctor meus vsucapere non potuit.*

Quæ. 33. An bona fides antecessoris prosit successori singulari, si is nolit illius accessione vti?

Huic vero assertioni vtique verissimæ non obstat *l. vitia. C. de acquir. possess.* vbi Imperator, *vitia*, ait, *possessionum à maioribus contracta perdurant, & successorem auctoris sui culpa comitatur.*

Obseruandum quippe est legis huius duas esse partes distinctas, quarum prior pertineat ad heredes, seu successores vniuersales, altera vero spectet ad successores singulares: prioris partis verba hæc sunt; *vitia possessionum à maioribus contracta perdurant*, quod autem hæc pars legis ad heredes & vniuersales successores spectet exinde probatur, quia de vitiis *maiorum* loquitur; Maiores vero in iure dicuntur parentes, præsertim vero illi, qui sunt supra tritauum *l. fin. §. parentes ff. de grad.* Horum autem successores sunt liberi & cognati, qui illis succedunt vel ex testamento, vel ab intestato.

Quod

Quod autem heredibus antecessoris vitia noceant, etsi accessione ipsius uti nolint palam est. *l. Cum heres. ff. de diuers. & tempor praescript.* Ratio autem eius supra indicata fuit, quod heredes succedant in personam defuncti & eandem repraesentet *l. hereditas ff. de acquir. rer. domin. l. heres. & l. hereditas ff. de R. Iur.* posterior vero pars eiusdem leg. s. haec est: *Et successorem auctoris sui culpa comitatur.* Hanc autem ad singulares successores pertinere verum quidem est, sed tamen hoc modo erit accipienda, si etiam vtantur accessione authoris, quia alias proprie dicitur successisse in possessionem, qui auctoris possessionem sibi defendit.

Non aduersatur etiam *l. 4. §. Auctoris. & §. si quis autem. ff. de except. doli.* vbi dicitur auctori, rem vendicandi, de auctoris dolo exceptionem non obiici, nisi exceptione Authoris vtatur. Si quis autem ex causa legati, aut donationis vindicet, eum, quamuis accessione authoris non vtentem, de dolo tamen exceptionem pati ex causa eius in cuius locum successerit.

Resp. Etenim quod hic textus de eo loquatur qui rem ex causa legati aut donationis vindicat, hoc est qui rem ideo vindicat vt suam, & quia sibi ab illo authore donatam & legatam dicat, ex verbis ipsis luculenter patet. At hoc qui asserit, vtitur iure authoris, ad vindicationem, cum, nisi ille dominus fuerit successor, rem vt suam vindicare non possit, & ex qua persona quis lucrum capiat, eius factum quoque illum praestare aequum sit *l. Ex qua persona. ff. de Reg. Iur.* Hoc autem non videtur ad eum pertinere legatarium, siue donatarium, qui rem non vt legatam vel donatam, sed vt ex his causis à se vsucaptam petit, de quo nunc in praesentia sit quaestio, quia hic rem ex suo facto suaque possessione sibi defendit, neque in eo aut possessione aut iure authoris vllo modo vtitur.

Non repugnat denique quod secundum naturam sit eum, sequi incommoda, quem commoda sequuntur: singularem autem successorem commoda antecessoris sequuntur: Par itaque sit eundem incommoda quoque & vitia antecessoris, quae huic erant nocitura sequi.

Resp. Etenim si successor singularis non vult vti accessione & possessione authoris, tum ipsi neque nocere, neque prodesse vitia aut virtutes sui authoris, adeoque nulla omnino possessionis illius commoda sentire *l. An vitium. §. ff. de diuers. tem. praescript.*

Notandum tamen quod hactenus dictum est, per *Authent. Malefidei. C. de praescr. long. temp.* aliquo modo esse temperatum, ita vt si malae fidei possessore alienante, vetus dominus ignoret rem ad se pertinere, aut esse alienam, vitium authoris obstet successori, quominus rem vsucapiat decem annis aduersus praesentes aut viginti aduersus absentes: Non tamen noceat, quominus triginta annorum praescriptio locum habeat. Si vero is dominus, qui putabat rem suam esse sciens intra constitutum tempus litem non fuerit contestatus, tunc successori procedat vsucapio ex sua persona, nec magis vitium auctoris in eo noceat, quam ante placebat non nocere. Obseruandum praeterea aliam esse rationem cum vitium rei inhaeret, & aliam cum inhaeret personae: Nam si personae inhaeret vitium, ea quae hactenus defendimus obtinent; Si vero rei, tum singulari etiam successori, licet hic accessione sui authoris non vtatur, obstet, quia cum vitium rei inhaereat, rem perpetuo sequitur, & consequenter omnem etiam eius possessorem, nisi vitium purgatum fuerit *l. vbi § 1. ff. de vsucapion.*

Non autem quaeuis possessio ad vsucapionem idonea est, sed ciuilis desideratur: Lit. C.

ratur. Naturalis, quæ cum animo & affectione dominii coniuncta non est, ad vsucapionem non proficit; Idque ex eo intelligere licet quod vsufructuarius negatur vsucapere ex eo quia non possideat rem fructuariam, quod de ciuili possessione necessario accipiendum est quoniam fructuarius vtique rem fructuariam possidet naturaliter *l. 12. & l. 49. ff. de acquir. vel amittend. possess.* Sed de hac quæstione prolixius actum est supra *sub thes. 2. lit. A.*

Iustum præterea titulum ad possessionem necessarium esse dixi: iustus titulus hoc loco non dicitur quæuis iusta ratio obtinendæ alicuius rei, siue quis rem vt suam possideat & ex dominii causa, siue vt aliquam, dum à volente possessore accepit sibi habendi & possidendi causa, sed iustus titulus ille intelligitur, ex quo dominium acquiritur, si dominus sit, qui tradit, non quo sola & nuda possessio *l. 3. & seq. ff. de pignoribus. l. 4. & 8. C. de long. temp. præscript.*

Hinc cum titulus pignoris conductionis, commodati, precarii, &c. non sint eiusmodi tituli vnde dominium rei ab ipso vero domino traditæ acquiratur & transferatur, idcirco non sunt etiam iusti tituli vsucapionis *l. 13. ff. de vsurpat. & vsucap. l. 26. ff. de acquir. poss.*

Quæ. 34. *An per pignerationem de iure Saxonico vsucapio interrumpatur?*

Inde quæritur non otiose, nec frustra, vtrum per pignerationem possessio vel quasi interrumpatur? Quæ quæstio, cum iure ciuili pigneratio sit prohibita eo iure exiguam habet vtilitatem: At vero iure Saxonico quia in vsu adhuc est pigneratio, maximum habet vsum eo iure præsens quæstio. Et quidem Electorali constitutione Saxonica 7. *part.* 2. expresse hæc quæstio deciditur, ita vt pigneratio, die Pfandung præscriptionem efficaciter interrumpat: Verba constitutionis ita sese habent. Es wöllen etliche der Meynung seyn/wann in Sachen Trifft vnnd Hütung belangend/oder dergleichen von dem Grundherrn gepfändet / vnd der so gepfändet ist / sich de facto nicht daran kehret / sondern seines hütens vnnd treibens helt oder pfändet wider / daß hierdurch die quasi possession præscriptionis nicht soll interrumpirt seyn/ sintemal der/so gepfändet/dieselbe behelt vnd continuirt. Vnsere verordnete aber haben dahin geschlossen / daß die Pfandung von dero Zeit an / als sie geschehen / die præscription seruitutis iuris pascendi, oder dergleichen interrumpirt / Es were dann/ daß nach solcher Pfandung der ander Theil widerumb geruhiglich vber dreyssig Jahr/Jahr vnd Tag getrieben. Vnd ob wol war / wann einer in solcher seruitut ein quasi possession erlanget/daß er so lang darbey gelassen werden soll / biß er ordentlicher Weise darauß entsaget / so haben doch nichts desto weniger / auch die Pfandung jhre Würckung / als nemblich den effectum interrumpendi darbey wir es auch bleiben lassen. Es soll aber gleichwol mit der Pfandung gebürlich vnnd wie Landtbräu ölich gebahret / vnd die Pfande in das Gericht darinn der Grund gelegen/vberantwortet/oder da sie selbst nicht angenommen/ in das Ampt dabey gewendet vnd eingestellet werden.

Hinc scilicet manifestum est quod cursus præscriptionis statim ab eo die, quo primum pigneratio facta est, interrumpitur. Atque ita etiam Wittebergenses respondisse, Wofern jhr beweisen möchtet/daß jhr auß ewerm Schaffhauß mit ewern Schaffen auff Klägers Fluhren vber dreyssig Jahr/ Jahr vnnd Tag gehütet / so habt jhr hiemit die Trifft Gerechtigkeit verwahret. Wo euch aber gleichwol inwendig verwerter Zeit ewere Schaffe darumb / daß man daß Treiben nicht verstatten wollen/ durch die Jnhaber deß guts gepfändet vnd vmbgetrieben worden / so were dar-

mit ewer Verjährungen interrumpirt vnd zerstöret / vnnd möchtet euch damit nicht behelffen / referente Colero *de praescript. executiv. part. 1. cap. 3. num. 101.*

Caeterum pignora ista in iudicio loci, vbi fundus situs est, deponenda esse, ita vt si negligatur ab extraneo, praeter restitutionē pignoris & cautionem de non amplius turbando, triginta solidos soluere teneri, si à subdito maxime si iurisdictionis interuertendae causa fiat locum esse poenae, etiam grauiori, cautum est constitut. *Electoral. Saxon. p. 2. const. 8.* quae ita habet.

Wann die Pfande in ein ander Gericht von dem / so nicht Vnderthan ist / entführet seyn / so sprechen vnsere Schöppenstüle zu Abtrag die gesatzte Buß der Sächsischen Recht / als dreyssig Schilling Pfenning / vnd daß er das Pfandt in die Gerichte / darauß es genommen / einstellen / vnnd sich solches hinführo zu enthalten cautiren soll.

Da aber ein Vnderthan die Pfande auß seines Herrn Gericht entführet / vnd desselben Iurisdiction eximiret, derselbe so ers in Meynunge transferendi Iurisdictionem gethan / soll mit ziemlicher Gelt-Buß oder Gefängnuß gestrafft werden.

Es möchte auch der Freffel / vnd die Verbrechung dißfalß so groß seyn / daß der Gerichtsherr Macht hette / dem Verbrecher aufftzuerlegen / zu verkauffen / vnnd sich auß seinen Gerichten / die er jhme entziehen wollen / zu wenden / welches auch also nach Gelegenheit der Vmbstände erkandt werden soll.

Quae. 35. An ex putatiuo & erroneo titulo possidens vsucapiat?

Caeterum ad praescriptionem & vsucapionem nihil incertus titulus, ex quo quis rem possidet, sitne lucratiuus, an onerosus, non enim minus quis ex emptione atque ex donatione vsucapere potest *pr. & §. 1. I. de vsucap.* Nec etiam quicquam refert verus sit an erroneus seu putatiuus titulus.

Caeterum hoc ipsum nunc indubium vocatur & multi sunt, qui existiment ac serio contendant erroneum titulum ad vsucapionem non proficere & habent etiam admodum huius opinionis speciosa fundamenta.

1. Etenim *in §. Error. I. de vsucap.* haec praesens quaestio plene, perspicue & quasi in terminis terminantibus est decisa. Ita quippe Iustinianus, *Error autem falsae causae vsucapionem non parit veluti si quis cum non emerit, emisse se existimans possideat, vel cum ei donatum fuerit, quasi ex donatione possideat.* Et quanquam quidam sint qui inter errorem iuris & facti distinguant atque adductum §. *Error.* de errore iuris interpreterentur generaliter tamen & indistincte loquitur ille textus nec distinguit inter errorem iuris & facti.

2. In *l. 2. §. 16. Digest. pro emptor.* expresse negatur publicianam actionem illi competere, qui in iure errans à furioso, quem sanae mentis esse putauit, aliquid emit; Cui consequens est nec vsucapere hunc posse, quamuis se iusta ex causa possidere opinetur; ei siquidem publiciana actio competit, qui vsucapere potest *§. 4. I. de vsucap.*

3. Denique vsucapio sine iusto non procedit *l. Nullo Cod. de rei vindicat.* titulus autem quem quis errore ductus, subesse putat, cum tamen reuera non subsit, non potest dici iustus titulus, cum plane titulus non sit.

Caeterum ego omnino circa propositam quaestionem distinguendum existimo inter errorem iuris & facti: vt error quidem iuris ad vsucapionem non prosit, sed eam impediat, error autem facti proficiat ad vsucapionem vt & titulus eo errore subnixus.

De iuris ignorantia constat quod vsucapere

capere volentibus non prodest. Expressum hoc est *in l. 7. ff. de iur. & facti ignorant.* vbi Papinianus ita scribit: *Iuris ignorantia non prodest acquirere volentibus, suum vero petentibus non nocet.*

Et Pomponius *in l. 4. eod. tit.* in specie de vsucapione ita ait: *Iuris ignorantiã in vsucapione negatur prodesse, facti vero ignorantiam prodesse constat.*

Quod vero ad errorem facti attinet, eum vsucapioni impedimento non esse clare probari potest.

1. Etenim confirmatur hoc primo expresso textu *l. 7. §. 2. ff. de public. in rem act.* vbi Vlpianus statuit, eum qui à furioso ignorans eum furere, adeoque facti ignorantia ductus emerit, adeoque ex eodem errore causam iustam legimumque titulum, emptionis videlicet, subesse putarit, posse eum ex tali putatiuo & erroneo emptionis titulo vsucapere & publiciana agere.

2. Eodem facit textus *in l. 2. §. 16. ff. pro emptor.* vbi Paulus ait, si quis à furioso emerit quem sanæ mentis esse putarit, nullam quidem esse emptionem, adeoque reuera nullum subesse titulum, nihilominus tamen emptorem vtilitatis causa emere posse.

3. Postremo hæc sententia *in l. 4. Digest. de iuris & fact. ignorant.* prope disertis verbis confirmatur dum illic Pomponius hoc modo scribit: *Iuris ignorantiam in vsucapione negatur prodesse: Facti vero ignorantiam prodesse constat.*

Nihil huic sententiæ refragantur argumenta supra in contrarium adducta: Nam ad primum expedita est responsio: Etsi enim adductus *§. Error. I. de vsucap.* prima fronte generalis videatur atq; indistincte de quouis errore loqui; Inciuile tamen est de mente ac sententia totius iuris ex vnica eius particula iudicare velle: proinde iste *§. error.* secundum *l. 7. § 2. ff. de public. in rem act. l. 4. ff. de iuris & fact. ignorat.* intelligi debet saltem de errore iuris, non vero de ignorantia facti: siquidem in toto iure generi per speciem derogatur & illud potissimum habetur, quod ad speciem directum est *l. in toto. ff. de Reg. Iur.* Quod si tamen *d. §. Error.* de errore facti omnino accipiendus est, recte eum de errore facti proprii explicari existimo; huiusmodi enim error plane est stultus & intolerabilis *l. 7. ff. ad S. C. Velleian.* cum nescire quid ipse gesseris non sit ignorantis hominis, sed plane stulti ac deperditi: stulta autem & supina ignorantia excusationem non habet *l. 3. & l. 6 ff. de iur. & fact. ignor.* cum scilicet agitur de lucro captando *l. 46. §. fin. ff. de furt.* non etiam cum agitur de damno vitando vt in solutione indebiti *l. 22. ff. de condict. indeb.*

Ad secundum argumentum ex *l. 2. §. 16. Digest. pro emptore.* petitum respondetur, errorem facti publicianæ actioni, quo minus competat, impedimento non esse, id quod *in d. l. 7. §. 2. Digest. de public. act.* aperte Vlpianus profitetur: Eum, inquiens, qui à furioso ignorans eum furere, emit posse vsucapere: Ergo & publicianam habebit. Quod vero *in d. §. 16.* negatur illi, qui in facto errauit publicianam dari, id non vno eodemque modo cum enunciatione *d. l. 7. §. 2.* conciliatur. Nam primo Glossa & Bartol. *in l. si vir. 3. Digest. pro donato.* aliique permulti, tam è recentioribus, quam priscis scriptoribus distinguunt hoc modo, vt error quidem iuris in vsucapionibus & acquirendũ nemini prosit *d. l. 4. ff. de iur. & fact. ignorant.* sed si errorem facti immixtum habeat non super existentia, sed super validitate tituli, tum error iuris prosit ad vsucapionem inchoandam & complendam: Huius autem distinctionis suæ hanc rationem adducunt, quod error bonam fidem inducat, quantumuis cum errore iuris fuerit coniunctus: Bona fides autem ad vsucapionem sufficiat quando

titulus adest, quantumuis inualidus: Idque amplius confirmant *l. si vir. 3. ff. pro donato. l. sed et si 25. ff. de donat. inter vir. & vxor.* quibus in locis traditur si vir vxori rem aliquam donauerit, quam vxor mariti donatoris esse putauerit, procedere vsucapionem pro donato, tametsi error iuris interueniat ex parte vxoris, existimantis valere donationem inter coniuges. Veruntamen post Didacum Couarruuiam reiicit hanc opinionem Antonius Faber *7. coniectur. 13. & recte*: præterquam enim quod error iuris semper vsucapionem impedit ac consequenter actioni publicianæ obstat *l. 4. ff. de iur. & fact. ignorant.* non habet etiam adducta distinctio vllum in iure firmum ac solidum fundamentum: Etenim ad leges adductas respondet Anton. Faber quod *in d. l. 3. & l. 25.* scriptum est, id non eam habere rationem, ac si mulier errarit in facto, sed quia eo in casu plus sit in re, quam in existimatione, cum non sufficiat prohibitam esse donationem, cum res sit aliena *d. l. 25. in fino. verb. quæ quia aliena est, vsucapi potest*: Hac enim ratione fieri vt nullus sit error iuris in muliere putante contractum hunc valere, quamuis error sit in causa, aut potius in genere, quoniam ignorabat mulier prohibitas esse inter virum & vxorem donationes.

Secundo igitur Iacobus Cuiacius *lib. 24. obseruat. 30.* eumque secutus Iulius Pacius *cent. 7. quæst. 3.* respondent, *in d. l. 2. §. 16. ff. pro emptor.* stricto solum iure non valere emptionem, item actionem de euictione non dari, nec competere publicianam, nec concedi accessionem possessionis: Cum enim dixerit, *vtilitatis causa*, id est ex bono & æquo receptam esse vsucapionem, consequens est & cætera eiusdem vtilitatis causa admitti, quamuis stricto iure inspecto, nulla sit emptio, nulla nascatur actio de euictione &c. Et hanc conciliationem putat Pacius accipiendam non quidem ex mente Vlpiani & Pauli, vt qui reuera dissenserint, sed ex mente Iustiniani eam admittendam esse, vt qui vtrumque responsum, tam Pauli, quam Vlpiani in Pandectas referri voluerit quia prædictæ distinctionis fœdere conciliari posse intelligebat; Cum omnia, quæ in ius relata sunt, sua fecerit, eaque, tanquam à se profecta, accipi iusserit *l. 2. Cod. de vet. Iur. enucleand.*

Tertio Hugo Donellus *lib. 5. comment. 15.* ita prædictos textus inuicem ad speciem pugnantes, conciliat quod *in d. l. 7. §. 2.* publiciani competat aduersus alium, quam ipsum furiosum, à quo empta est: At *in d. l. 2. §. 16.* publicana negetur aduersus ipsum furiosum venditorem competere, aduersus quem nec actio de euictione detur.

Postremo non aduersatur, quod titulus erroneus reuera nullus sit; Vt enim dominium per traditionem transferatur, non est opus titulo vero, sed putatiuus & erroneus sufficit *l. 36. ff. de acquir. rer. domin.* Et exemplum huius perspicuum extat in solutione indebiti. Quod si itaque ad dominium per traditionem recta transferendum sufficit titulus putatiuus, cur non ad vsucapionem etiam sufficeret?

Dictum est titulum ad vsucapionem iustum desiderari: Varii autem sunt tituli ad dominium per verum dominum transferendum, & ad vsucapiendum idonei, qui *in pandect. & Codice recensentur* & ordine explicantur, quales sunt pro donato, pro emptore, pro herede, pro suo. Et quidem titulus pro suo generalis esse videtur: Nam pro suo is possidere dicitur, qui putat se rem possidere vt suam & propriam, cum tamen sit aliena Wesenbec. *in parat. Dig pro suo.* pro herede possidet, qui, cum reuera heres esset, rem aliquam alienam, quæ in defuncti patrimonio non fuit, inuentam bona

Lit. G. & H. Quæst. 36 *An suus heres ex titulo pro herede possit vsucapere?*

bona fide possidet tanquam hereditariam.

Et quin Extraneus heres hoc modo rem alienam, quam in hereditate inuenit, vsucapere possit hoc titulo pro herede, dubium plane nullum est: At de suo herede vtiq; dubitatur. Et sane non desunt grauissimi ICti qui negatiuam amplectantur ac tueantur, & hanc sententiam ego quoque veriorem esse iudico, atque sic omnino statuendum esse censeo; suum heredem rem alienam in hereditate paterna inuentam, titulo pro herede non vsucapere: idque ex sequentibus fundamentis.

1. Suo heredi nullam nouam causam ex hereditate nasci certũ est, quandoquidem in suis heredibus proprie hereditas non est, prout Paulus ICtus *in l. 11. ff. de liber. & posthum.* id ipsum his verbis clare testatur: *In suis*, inquiens, *heredibus euidentius apparet, continuationem dominii rem eo perducere vt nulla videatur hereditas fuisse, quasi hi olim domini essent, qui etiam, viuo patre, quodammodo domini existimantur, vnde etiam filiusfam. appellatur, sicut paterfamilias, sola nota hac adiecta, per quam distinguitur genitor ab eo, qui genitus sit. Itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur &c.* Hinc igitur sequitur, titulum *pro herede* suis heredibus ad vsucapionem non prodesse, sed eos eadem ex causa rem hereditariam possidere, ex qua causa pater defunctus eam possederat.

2. Et hoc est quod *in l. 2. Cod. de vsucap. pro herede.* Imperator expresse scribit: *Nihil pro herede vsucapi posse, suis heredibus existentibus*: Quod cum Francisco Duareno non ita accipiendum quasi tunc, quando sui heredes defuncto existunt, nihil possit pro herede vsucapi: Si enim Imperator hoc sentiret ac vellet, proculdubio generaliter, simpliciter & absolute scriberet, *nihil pro herede vsucapi posse heredibus existentibus*, quandoquidem generaliter verum est, quibuscunque heredibus, siue suis, siue extraneis existentibus alios non posse vsucapere pro herede.

3. Ad hæc pro herede possidet & vsucapit titulo pro herede, qui verus est heres: suus autem, Paulo ICto *in d. l. 11.* & Iustiniano Imperatore *in §. 2. I. de hered. qualit. & different.* testibus, non est verus heres igitur non possidet pro herede, nec ex titulo pro herede vsucapit.

4. Facit insuper huc *l. 2. §. fin. ff. pro hered.* vbi ex sententia Serui negat Iulianus, filium rem à patre donatam pro herede vsucapere posse. Atqui res ista à patre donata, mansit in dominio patris, cum donatio inter filium & patrem non consistat *l. 1. §. 1. ff. de donat.* Quocirca filius, suus heres rem alienam in patris hereditate inuentam, *pro herede* vsucapere non potest.

5. Quod ipsum quoque *in d. l. 2. §. final.* eleganti admodum ratione firmatur, quod nempe naturalis saltem possessio fuerit penes filium, viuo patre: At non vera possessio, quæ ipsi nunc etiam post mortem patris prodesse queat: proinde aliam nouam quærendam, si velit vsucapere: At vero hanc in hereditate non esse nec etiam quenquam sibi causam possessionis mutare posse.

Quibus ita ponderatis, non aduersantur, quæ in contrarium adferri solent.

Quod n. primò dissentientes aiunt suis heredibus titulus pro herede optime conuenit, quoniam veri & proprii heredes sunt *tot. tit. I. de hered. qualit. & different.* nihil igitur obstare quo minus pro herede possidere & vsucapere queant. Hoc, inquam parum ad rem facit, petit enim manifeste principium, cum hoc ipsum sit, in quo totius huius controuersiæ Cardo vertitur, & quod à nobis

negatur, an sui heredes veri ac proprii sint heredes? non proinde præsupponendum, sed probandum erat. Et quod sui heredes impropriè & abusiue heredis appellatione insigniantur euincit ante citata *l. 11. de lib. & posthum.* Deinde etsi sui non minus atque extranei heredes essent, rationes tamen supra adductæ impedirent titulo isto pro herede vsucapere.

Non magis repugnat quod iniquum simul & absurdum foret conditionem suorum deteriorē esse quam extraneorum, atq; id, quod extraneis conceditur, denegari suis & id quod in fauore suorum introductum est, in odium illorum detorqueri; id quod sane accideret, si sui heredes non perinde vt extranei titulo pro herede vsucapere possent.

Resp. Hoc inquam nihil obstat, quoniam quod sui heredes non possunt vsucapere titulo pro herede, id non principaliter atq; directo ex iure suitatis descendit, sed istud ius duntaxat sequitur. Nec absurdum est aut iniquum aliquem eadem ex causa sentire damna & commoda *l. secundum. ff. de Reg. Iur.* Sic enim & filius emancipatus ex emancipatione percipit commoda & vicissim quoque sentit incommoda.

Consimiliter non resistit *l. penult. §. si pater. ff. pro suo.* vbi ita scribitur: Si pater cum filiis bona, quæ habebat, partitus sit, & ex ea causa post mortem patris ea teneant, quod inter eos conueniret, vt ea diuisio rata esset, vsucapio his procedet pro suo in rebus quæ alienæ in bonis patris inueniuntur.

Etenim bene ad hoc Glossa respondet, idcirco in casu istius *L. penultim.* filios pro suo vsucapere, quia diuisio patris in vita eius interuenerit: Ac proinde in bonis illis, quæ patri ex diuisione obuenerunt superior ratio, quæ vsucapionem ex titulo pro herede in suis heredibus alias impedit, aperte deficiat.

Non etiam infringit nostram assertionem *l. final. ff. pro herede* in qua generaliter & pro regula traditur, quod omnis & quicunque testamenti factionem habet, pro herede vsucapere possit: Suis autem heredibus testamenti factio competat: Etenim ista *l. fin.* quamuis generaliter loquatur, sicut & totus iste titulus *pro herede* ex fundamentis supra adductis ad extraneos restringi debet.

Porro sententiam nostram non infringit *l. 2. §. filium ff. pro hered.* vbi ICtus negat rem à patre donatam filio, filium vsucapere posse: Vnde colligunt dissentientes, cæteras res hereditarias pro herede vsucapi à suis posse.

Nam argumentum à contrario sensu ex isto *§. filium.* deductum nō habet vim probandi aduersus textus iuris apertos & contra euidentem rationem in legibus expressam: Atqui supra satis dilucide demonstratum fuit, quod ex titulo pro herede sui heredes vsucapere nequeant. Cur igitur ICtus nominatim atque in specie mentionem faciat rei donatæ, ratio hæc ꝙ in eo loco vnde ista *l. 2.* est excerpta ex professo de re à patre filio donata fuerit tractatum, & ideo Iulianus regulam generalem ad propositum accommodarit saltem, non vero restrinxerit.

Non euertit postremo hanc sententiam quod ea multorum insignium ac præstantissimorum ICtorum authoritate sit munita & communi fere Dd. opinione cōprobata, veluti Vigli. *ad §. penult. I. de hered. qualit. & different.* Iacobi Cuiac. *in paratitl. Cod. pro herede. & ad l. 2. ff. eod.* Hubert. Giphan. *ad l. 2. Cod. de vsucap. pro herede* Francisc. Duaren. *ad tit. ff. de liber. & posthum. c. 2.* Iohann. Vaud. *lib. 1. quæst. c. 4.* Iohannes Zasius *lib. 3. paradox. cap. 8.* Fr. Hotom. *ad l. in suis. 11. ff. de lib. & posthum.* Franciscus Connan. 10. *comment. 5.*

Etenim hoc argumentum ab Authoritate

tinte deductum etsi per se satis sit infirmum nec quicquam probet vbi textus vel euidens ratio in contrarium militat, refellitur etiam contraria aliorum non minus præstantissimorum ICtorum authoritate, Sic enim Donell. *5. comm. 14.* Matthæus Wesenbec. *in parat. Dig. de vsu. pro herede num. 3.* Forcat. *dialog. 36. num. 5.*

Illud certum est, iure ciuili in longissimi temporis 30. & 40. annorum præscriptione titulum non esse necessarium, inprimis in actionum præscriptione, sed nec bonam fidem desiderari, prout ex *l. 3. l. 7. & l. 6. §. 1. Cod. de 30. vel 40. annor. præscriptione.* intelligitur, & nos mox in sequenti thesi fusius demonstrabimus.

Quin nec in rebus Ecclesiæ à priuato præscribendis titulus necessario requiritur etiam Canonico iure modo bona fides non deficiat, per text. *in c. ad aures de præscript. c. fin. eod. tit.* Quoad titulum enim, quem iure ciuili ad longissimi temporis præscriptionem non esse necessarium demonstrauimus, ius ciuile à Canonico iure nihil discrepat, nec illud per hoc mutatum & emendatum esse vspiam repetitur. Equidem mihi, vt quid hac de re sentiam, libere aperiam, sententia illorū, qui bonā fidē à iusto titulo in præscriptione separāt, & sic separari posse existimaut vt possidens & præscribens bonā quidē fidem habeat, etsi iusto destituatur titulo, plane non arridet, sed ita omnino statuendum arbitror, eum, qui non habet titulum possessionis iustum, nec bonam fidem habere; id quod hac euincitur ratione, quod qui non potest possessionis suæ titulum vllum dicere, pro prædone habeatur *l. 11. in fine & l. sequent. ff. de heredit. petit.* At prædo absq; dubio malæ fidei possessor est.

Quæst. 3 De decimis, An & quomodo præscribantur? nonnihil dicendum videtur; ante omnia autem ad pleniorem huius quæstionis intellectum, sciendum est, Decimas duplicis esse generis, alias personales, alias reales: *Personales* dicuntur, quæ ex negotiatione, artificio, scientia, militia, venatione & c. *Reales* vero quæ ex ipsis prædiis, veluti vinum, frumentum, fœnum, fructus arborum quicquid deniq; tellus commodi & emolumenti præbet, prouen:unt: De personalibus igitur primo quæritur anne vllo tempore præscribi possint? Pro Negatiua stat Rebuffus *in tractat. de decimis quæst. 1. n. 11. & 12.* & pro ista opinione hoc adducitur argumentum: Quæcunq; iure diuino alicui debentur ea per præscriptionem nullo tempore adimi possunt, quia cōtra ius diuinū nulla omnino currit præscriptio: Atqui personales decimæ iure diuino sunt debitæ, quod probatur primo ex *lib. 1. Esdræ c. 10. in fine.* vbi dicitur: *Leuitæ decimas habent in omnibus vrbibus, in quibus opus nostrum exercemus.* Et *Deuter. c. 10. in princ. offeretis decimas & primitias manuum vestrarum.* Veruntamen his argumentis nihil motus contrariam opinionē longe veriorem esse iudico, quam etiam defendunt Didacus Couarru. *l. 1. variar. resolut. c. 17. n.* 8. Fernand. Vasquius *illustrium. controuers. lib.* 3. *c.* 8*o. n.* 8. Balb. *de præscript. 1. part. 5. part. princip. q. 7. n. 4.* Hostiens. in summa. *lib. 3, tit. de decim. & primit.* Rationes & fundamenta huius sententiæ hæc sunt.

Quæstio an & quo modo decimæ præscribantur.

1. Decimæ illæ, quæ personales dicuntur, non debentur iure diuino, neque ex præcepto diuino, sed potius ex interpretatione: Igitur præscriptionem istarum personalium decimarum ius diuinum plane non impedit.

2. Facit deinde huc & ista ratio quod inciuile videatur hominis industriam mulctare *l. 2. C. de pac. dom. l. fin. C. de locat. præd.* & cogere eum arcana & secreta patrimonii sui & quicquid omnino habet, pandere, atque detegere *l. 2. C. quomodo & quando quart. pars.*

3. Denique

3. Denique huc confert quod rationes quibus alias iure diuino & Canonico fulciuntur ac stabiliuntur decimæ (vt nempe maior vbertas frugum ex imbrium oportunitate concedi possit, item vt insecta, quæ frugibus infesta sunt, reprimi atque deleri possint *cap. reuertimini. caus. 16. q. 3.*) in hisce personalibus decimis deficiant.

Nec admodum repugnare videtur contrarium Rebuffi argumentum: supra quippe negatum est, personales decimas ex instituto ac præcepto diuino deberi, neque contrarium probatur testimonio Esdræ, præterquam enim quod allegata verba nullum præceptum, sed solam facti narrationem contineant, intelligi etiam commodissime possunt de decimis, ex operibus, quæ versantur circa hortos, pomeria, vineas item fundos ciuitati conterminos debiris: At hæ sunt reales decimæ. Deinde verba ista quibus opus nostrum exercemus non pertinent ad demonstrandas decimas Leuiticis debitas, sed ad designandum locum illorum sacerdotum quibus decimæ debentur, & hoc significant, decimas esse illis sacerdotibus à nobis præstandas, qui eo in loco, ea in ciuitate versantur, in qua & nos degimus, domicilium habemus & nostra opera exercere solemus.

Ad locum Deuteron. non est difficilis responsio: Verba enim illius loci commodissime accipi possunt de decimis realibus: siquidem & fruges manu conseri, quæri, & colligi solent. Personales proinde decimæ, quominus possint præscribi non videtur vlla prohibere ratio.

Quæ. 38. *An prædiales & Reales decimæ possint præscribi?* Quoad prædiales decimas, videtur circa eas maior esse difficultas: Ad eas quippe superius argumentum, quod scilicet præscribi non possint quoniam ex diuino debentur præcepto, melius fortassis accommodari posset.

Nam quod tales decimæ debeantur ex præcepto & lege Dei videtur textu *Genes. cap. 14.* perspicue probari: Ibi enim Abraham de omnibus, quæ perceperat decimam Melchisedeco dedisse dicitur.

2. Deuteron. *cap. 14.* ita dicitur, partem decimam sperabis de cunctis frugib. quæ nascuntur ex terra per annos singulos.

3. Item *Numer. 18.* Filiis Leui dedit omnes decimas in possessione pro ministerio quod seruiunt mihi in tabernaculo fœderis.

4. Exod. *22.* ait Dominus: Decimas tuas & primitias tuas non morraberis offerre, &c. Hæc enim multiplicantur.

5. Malachiæ 3. Ego dominus, vos filii; à diebus patrum vestrorum recessistis à legibus meis, & non custodistis reuertimini ad me & ego reuertar ad vos. Et dixistis, in quo reuertemur, si affligat homo dominum, quia non confixistis me, & dixistis in quo confiximus te? In decimis, in primitiis, in pecunia vos maledicti estis; Inferte ergo omnem decimam in horreum & sit cibus in domo mea & probate me, si non approbauero vobis catharacta cœli & effudere vobis benedictionem vsque ad abundantiam, & increpabo pro vobis deuorantem & non corrumpet fructum terræ, nec erit sterilis vinea in agro. Et hæc ipsa Malachiæ verba recitantur quoque *in cap. Reuertimini. caus. 17. q. 1.*

6. Quod porro decimæ omnino soluendæ & ab ipso domino institutæ sint, liquido probant textus iuris canonici *in cap. 1. de decimis. in sext. Clementin. final. de pœn. cap. parochianos. de decim. c. Tua 25. eod. c. 23. §. fin. & cap. 33. eod. tit. cap. omnes caus. 16. q. 7.*

7. Quin etiam decimarum præstationem ex iure naturali, quod immutabile est ac propterea præscriptionem omnem excludit, descendere hac ratione

tione vincitur quod non sit inuidia dignum, sed æquitati consentaneum vt qui ædificant verbo & exemplo suisq; precibus efficiunt vt abundantia frugum pensetur, quod decimarum loco decerpitur, vicissim etiam metant & decimas percipiant, *cap. Cum non sit in homine. de decim. cap. decimæ caus. 16. q. 1.* Cum enim & alias operarius dignus sit mercede sua *cap. 10. Matth. cap. 10. Luc. ad Timoth. 5. & ad Corinth. 9. cap. cum secundum. de prebend.* alienum profecto à ratione & naturali æquitate videri posset, si illos, qui nos pabulo verbi diuini alunt, instruunt atque exornant, hac decimarum mercede fraudaremus. Cæterum pro contraria opinione quod scilicet decimæ præscriptionem admittant hæc videntur militare argumenta.

1. Decimæ olim debebantur ex lege Mosaica & iure vet. Testamenti, vt ex locis proxime adductis relucet; Iam vero constat legem Mosaicam aduentu Christi abrogatam esse ita vt nos qui sub Nouo Testamento viuimus ac versamur nulla parendi necessitate adstringat. Sic enim Paulus Apostolus ad *Galatas c. 3.* scribit; Nos lege Mosaica solutos & filios gratiæ factos, nihil cum ancillæ liberis habere commune. Idemque *Hebræ. 7.* ait: Translato sacerdotio legis quoque translationem factam esse, quod dictum refertur quoque *cap. 3. extr. de constitut.* & *Actor. 15.* dicitur, visum esse Spiritui Sancto nihil vltra nobis imponere oneris, quam vt abstineamus ab immolatis simulacrorum & sanguine, & suffocato, & fornicatione, &c.

2. Idem deinde confirmat etiam hoc argumentum quod vno coniunctorum vel relatorum ablato, ablatum censeatur & reliquum argum. *l. final. Cod. de indict. viduit. tollend.* Iam vero decima, quæ summo sacerdoti inferebatur, in vsu esse desiit; Igitur & reliquæ decimæ possunt tolli & in vsu esse desinere: At cui & hoc consequens est, præstationem decimarum non descendere ex præcepto diuino.

3. Insuper remissio decimarum auctoritate, consuetudinis introduci potest, quod probat *cap. In aliquib. §. final. extr. de decim.* vbi dicitur: Illæ quippe decimæ necessario soluendæ sunt, quæ debentur ex lege diuina & loci consuetudine approbata. Eodemque pertinent *cap. 4. eod.* vbi cauetur decimas soluendas esse ex integritate, qua antea solebant. item *cap. dilecti eod.* vbi dicitur à Monachis de prædiis cum fructis decimas soluendas esse in suis parochiis, de quibus antea conuenerant. Denique *in cap. cum sint homines c. ad Apostolica. eod. tit.* cauetur in controuersia, quæ inter parochos de decimis soluendis oriri solet confugiendum esse ad locorum consuetudinem. Quod si igitur moribus labefactari ius decimarum potest, consequitur quod iuris diuini non sit; & ideo lex diuina non impediat decimarum præscriptionem.

In hac sententiarum discrepantia quidem statuunt decimas si petitæ non fuerint ab his, quibus debentur, nulla ratione deberi, & ita Rota Romana *decis. 1. de decim.* Archidiaconus *in cap. 1. de decim. in sext.* adeoque præteritas decimas etiam sine præscriptione non deberi. Quam opinionem Didac. Couar. *d. cap. 17. num. 8.* reiicit & improbat: Idque ex hac ratione quod *in cap Reuertimini caus. 16. q. 3 & cap. quæstion. eod.* diserte cauetur non esse expectandum donec decimæ exigantur, sed vltro offerendas esse. Deinde quia ratio nulla est cur illud quod suum non sit, retinere possit cum scrupulo conscientiæ. Quocirca etiam concludit Didac. Couarruv. dependere hoc ab authoritate consuetudinis vt si illa hoc receptum sit, securi sint qui decimas non præstiterunt.

Sunt etiam qui statuant, decimas non

quidem in totum præscriptione sacerdotibus adimi aut tolli posse, sed tamen pro parte auferri & minui posse; propterea quod etiã ius naturale huiusmodi restrictionem & imminutionem non respuit *l.ius ciuile. ff. de Inst. & iure.*

Cæterum Didacus Couarruuias hanc quoque sententiam improbat propterea quod nullius hominis auctoritate ius diuinum aut naturale minui aut pro parte tolli possit: qui non ius diuinum per textum *in cap. sunt quidam caus. 25. quæst. 1.* Non etiam ius naturale §. *final. Instit. de iure nat. Gent. & Ciuil. l. Eas ff. de cap. dimin. L. 1. ff. de vsufr. ear. rer. l. Iura sanguinis. ff. de R. I.*

Pontificem autem aut ius diuinum & naturale interpretari quidem posse, minuere vero & pro parte tollere non posse. Et summum Pontificem sacram scripturam & ius naturale dum declarat & ex causis moderatur nihil iuris antiquare dicit, sed ius ipsum conseruare.

Quod ipsum etiam probandum videtur eo casu, quo sacerdotes aliunde habent, vnde sese sustentent.

1. Quia *in cap. decima. caus. 16. quæst. 3.* dicitur, decimas esse tributa egentium animarum, vt sacerdotes & illi, quibus hoc ministerium incumbit, deductis ad vitæ tutelam necessariis easdem decimas inter pauperes distribuere possint, & is qui fraudet Ecclesiam decimis culpam grauem contrahat, si quis pauperũ præ fame periclitetur aut morietur.

2. Et *in cap in Canonibus caus. 16. q. 1. & cap. in sacris. item cap. 1. & 2. q 7. cap concesso cap. quatuor caus. 12. q 2.* euidenter satis ostenditur decimas non spectare duntaxat ad vtilitatem parochi, aut cleri, sed quatuor partes constitui, quarum vna debeatur Episcopo, secunda Clero, tertia fabricæ, quarta pauperibus ac proinde necessitas alendi cleros sola non veniat in considerationem.

3. Adhæc cum Diuus Ambrosius *in cap. quicunque caus. 16. q. 7.* D. Hieronymus *cap. Reuertimini* ... Augustinus *c. decima. d. caus. 16. quæst. 3. & cap. maiores. caus. 16. q. 7.* Christianos adhortentur ad solutionem decimarum sine vlla fraude & diminutione faciendam, tanquam iure diuino debitam & tam insigni remuneratione pensandã, nõ videtur sine grauissimo conscientiæ, vulnere mediante præscriptione decimas vllatenus minuere. 4. Confirmat porro idipsum quoq; q cũ formę loco aliquid præscriptum est non sit licitum dispositionem ex causa & ratione moderari, Atqui in præstatione eorum, quæ sacerdotibus designata & definita sunt, non vigesima non centesima, sed decima portio designata fuit iure diuino. Hanc igitur formam per præscriptionem non licet moderari aut minuere.

5. Insuper et & hoc considerandum est quod decimæ sacerdotibus debeantur non ex liberalitate singulorum, sed ordinatione, præcepto ac beneficio Dei, vt supra fuit multis sacræ scripturæ testimoniis probatum; cui sine consequens est quod nobis integrum non sit illas quaqua ratione mutare aut minuere *argum. l. si arrogator. §. penult. & vlt. ff. de adopt.* vbi pater arrogator non potest filio impuberi eidemque arrogato, quæ non ipsius sed principali prouidentia ad eum pertinent, subtrahere, aut legato vel fideicommisso vel alio quouis modo exhaurire aut minuere.

6. Accedit huic quod *Luca 11.* Christus ad Pharisæos hoc modo dicens: *Væ vobis Pharisæi, qui decimatis mentam & rutam & omne olus & præteritis iudicium & charitatem Dei. Hæc omnia oportuit facere & illam non omittere.* eos reprehendat ob intermissa charitatis & incorrupti iudicii officia, cuius nomine hæ decimæ illis delatæ essent, decimas nihilominus exigerent, decimarum vero exactionem vsque adeo non improbet vt dicat etiam oportere decimas colligi.

Cæterum ego ... aliorum iudicio hinc

hanc ſententiã verum non eſſe exiſtimo ſed hoc modo omnino ſtatuendũ cẽſeo, etſi præſcriptione decimæ ſacerdotibus alicuius Eccleſiæ in totũ auferri nõ poſſint, minui tamẽ valeant, ſic vt non amplius decima ſed decima quinta vel vigeſima portio prouentuũ & fructuũ præſtetur illis, quibus ante hac decima præſtabatur. Ad primũ contrariæ opinionis argumentũ reſpondeo cõſequentiã eius negando, quia nõ ſequitur, decimæ pertinent ad ſuſtentandos Eccleſiæ miniſtros, & apud pauperes & egenos homines alendos: Ergo præſcribi aut præſcriptione minui non poſſunt: Sic enim nec ea quæ ad pios vſus deſtinata ac deputata ſunt poſſent præſcribi; quod tamen falſiſſimũ eſſe euidenter probat *Nou. 13. c. 6.* & nos ea de re ſupra fuſe diximus. Sic etiam quod dicitur eum qui fraudat Eccleſiam decimis grauem culpam contrahit. Ergo non poſſunt decimæ præſcribi. Nã & ſic res Eccleſiæ præſcribi nõ poſſent, quod ipſum etiã repugnat textui *d. Nou. 131. c. 6. & Auth. quas actiones. C. de SS. Eccleſiis.* Etſi igitur ſine graui peccato res Eccleſiæ itemq; ad vſum & ſuſtentationem pauperum deſtinatas auferri non poſſunt, præſcribi tamen queunt. Sic etiam nec priuato ſuum auferre licet ſine graui peccato *l. Id quod noſtrum. ff. de Reg. Iur.* Nec tamen quicquam prohibet præſcribere res priuatorum quoniam præſcriptio eſt ex parte eius cuius res præſcribitur voluntaria quædam alienatio *l. 28. ff. de verbor. ſignificat.* adeoque ſine vlla iniuria præſcribentis procedit. Idẽ plane ad ſecundũ argumentum reſpondeo.

Ad Tertium argumentum vt etiam ad quartum argumentũ vtpote ex eodem principio deſumpta, reſpondeo illa ſolum probare quod decimæ ſint præſtãdę illis quibus debentur; Hoc autẽ in præſentiarũ plane non eſſe in quæſtione, ſed id ſolũ quæri, an quis ab hoc onere præſtãdi decimas per præſcriptionẽ immunitatẽ ſibi acquirere valeat? Committi proinde fallaciam pluriũ quæſtionũ. Sic verbi cauſa, collectæ & vectigalia omnino à ſubditis magiſtratui præſtari debẽt; ſed inde non ſequitur, ꝙ temporis longiſſimi à neceſſitate ea ſoluẽdi immunitatẽ ſibi comparare non valeat. Deinde quod vrgẽt decimas iure diuino eſſe introductas, ad illud reſpõdendũ, ius diuinum veteris teſtamẽti triplex fuiſſe, ceremoniale, forẽſe & morale; priora duo per aduẽtũ Chriſti eſſe abolita, ſicut nos ſub N. T. viuentes nulla parendi aut obſeruandi neceſſitate adſtringant. Solum morale ius ꝙ decem cõprehenditur decalogi præceptis adhuc vigere & viridi obſeruantia verſari: Quocirca decimarũ præſtationẽ cum non ad morale ius, ſed ius ceremoniale aut forẽſe referri olim oportuerit, nõ amplius apud nos Chriſtianos, tanquã ex iure diuino, vlla cum neceſſitate eſſe coniunctã, ſed ex iure ſolum ciuili & ordinatione magiſtratus, aut ex vetuſta conſuetudine neceſſitatẽ habere. At inquis morale tamẽ iſtud videtur ꝙ alendi ſint ſacerdotes & verbi diuini miniſtri, ꝙ ſuſtẽdandi etiã ſint pauperes & egeni, ne fame moriãtur: Fateor equidẽ ita ſeſe rem habere; At ꝙ ex decimis quas laici de prouentib' & fructibus ſuis ſacerdotibus præſtare debeant pauperes ali & ſacerdotes ſuſtẽtare debeant, hoc minime morale eſt, nec ex priori vlla ratione ſequitur: Aliunde quippe ſuſtẽtari verbi diuini miniſtri & ali pauperes poſſunt, quã ex decimis: Addo etiam hoc, ꝙ ſi iſta illatio procederet, nec præſcribi poſſe, ea, quæ ad pios vſus ſunt deſtinata & relicta, quoniã & hæc ad ſuſtẽtationẽ miniſtrorũ Eccleſiæ & pauperũ pertinẽt: At hæc præſcribi poſſunt *d. c. 6. Nouell. 131.* Inſuper decimæ longiſſimo tẽporis ſpacio non exactæ à ſacerdotibus, ſatis arguunt quod adeo neceſſariæ non fuerint vel ad eorum vel ad pauperum ſuſtentationem, alias certe tanto tempore neglecto non fuiſſent.

Quod ad ius naturale attinet, etsi illud sit immutabile, restringi tamen & limitari potest, ostendit hoc perspicue *d.L. Ius ciuile.6.ff.de iust.& iur.* vbi dicitur iuri naturali aliquid addi posse, & aliquid etiam detrahi, & quotiens hoc fiat, ius ciuile effici. Quin etiam exempla hoc ipsum abunde testantur: Iure Naturali omnes homines erant liberi, nec vllus erat seruus: At hoc ius naturale ita restrictum & limitatum vt non amplius omnes homines essent liberi, sed quidam eorum essent serui: pari modo iure naturali omnes omnino absque discrimine poterant venari, feras capere & quod cœperant sibi retinere §. *fera.I.de Rer. diuis.* Verum hoc ius hodie limitatum & ad certas quasdam personas restrictum fuit: Non igitur falsum est ius naturale limitationẽ quandam & restrictionem admittere. Proinde quod hincinde dicitur ius naturale esse immutabile, id de totali immutatione intelligendum est.

Ad hæc quod dicitur decimas ex naturali seu gentium iure descendere, verum mihi non videtur; Alioquin, stante ista opinione, sequeretur quod decimæ apud omnes gentes sacerdotibus fuerint præstitæ: quoniam ius naturale & gentium non quorundam duntaxat sed omnium est hominum §.1. *& 2.I. de iure Nat.gent.& ciuil.l.omnes populi.ff.de Iust.& iure.* At hoc falsum est, nec doceri potest, ita apud omnes gentes obseruatum vt ex frugibus laici sacerdotibus suis præstarent decimas. Et quanquam fortassis æquitati naturali conueniat decimarum præstatio, non tamen exinde sequetur quod iuris sit naturalis, cum nec ciuile ius à naturali in totum recedat *d.L. ius ciuile.6.§.Impuberes I.de Attil. tut. Iunct. §.Tutela.I.de tutel.*

Postremo parum ad rem facit quod alendos esse Ecclesiæ ministros, egenos & pauperes sustentandos dicitur: Nam hoc & æquum & sacris literis ac verbo diuino consentaneum esse agnosco, verum exinde inferri non potest quod ex decimis laicorum præcise sustentari & ali debeant.

Sic etiam quod aiunt formam præscriptam semper accurate & ad vnguem obseruandam esse in decimis autem certam præscriptam esse formam, quod nempe sacerdotibus non duodecima, non decimatertia non decimaquarta, non decimaquinta aut vigesima sed decima portio sit præstanda: Nam formam hanc iure diuino esse omnibus omnino hominibus præscriptam, falsissimum est & in eo manifeste principium petitur.

Cæterum vtut sit, Illud expeditum & certum est quod Ecclesia contra Ecclesiam decimas præscribere possit; ita vt decimæ, quæ huic Ecclesiæ soluendæ erant, alii Ecclesiæ soluantur. Pro qua sententia facit textus in *cap. Ad aures.6. de præscript.in sext.* cuius hæc sunt verba: *Ad aures nostras peruenit duas Ecclesias litigasse super decimis, quas vna earum in alterius paracia annis 40.possedit: Tua Faternitati tenore præsentium innotescat quod de iure diuino & humano melior est conditio possidentis. Quia quadragenalis præscriptio omnem prorsus actionem excludit.* Vult igitur pontifex hac quadragenali præscriptione decimas esse præscriptas. Et ratio huius ea quoque adduci posset, quod priuilegiatus contra priuilegiatum suo priuilegio vti nō possit: Quocirca etsi demonstrari posset Eccelesiam hoc gaudere priuilegio vt decimę illi debitæ nullo tempore præscribi possent; Hoc tamen priuilegium contra Ecclesiam, æque priuilegiatam, sibi arrogare aut vsupare nō posset.

Sed quanto temporis spacio Ecclesia contra Ecclesiam ius decimarum præscribat, non ita apertum? Didacus Couarruuias & plerique Canonistæ ita statuunt, vt vel immemoriale tempus vel *Quæ. 39. Quonam tempore Ecclesia contra Ec-*

qua-

desiderant prascribat in decimarum. quadraginta anni cum titulo desiderentur: textus est *in cap, 1. de præscript. in sext.* vbi Pontifex Bonifacius 8. ita scribit: *Episcopum, qui Ecclesias & decimas, quas ab eo repetis, proponis (licet in tua sint constituta diœcesi) se legitime præscripsisse, allegare oportet, cum ius commune contra ipsum faciat, huiusmodi præscriptionis titulum & probare. Nam licet ei, qui rem præscribit Ecclesiasticam, si sibi non est contrarium ius commune, vel contra eum præsumptio non habeatur, sufficiat bona fides, vbi tamen est ei ius commune contrarium, vel habetur præsumptio contra ipsum, bona fides non sufficit: sed est necessarius titulus, qui possessori causam tribuat præscribendi: Nisi tanti temporis allegetur præscriptio, cuius contrarii memoria non extat.* Et hoc in præscriptione decimarum plane singulare esse dicit Didacus Couarru. Cum alias in præscriptione 30. vel 40. annorum nec ciuili, nec Canonico iure vllus spectetur titulus. *cap. placuit §. potest. 16. quæst. 3. cap. sanctorum cap. quarta cap. si diligenti. de præscript.*

De præscriptione seruitutum anne in illa titulus requiratur supra *volum. prior. disput. 17. thes. 9. q. 7.* quo me breuitatis causa refero.

Illud verissimum est quod in fine huius Theseos Treutlerus noster annectit ex possessione quæ iusto destituatur titulo, bonam fidem non præsumi. Et ratio est primo verissima, quæ petitur ex *l. final. Cod. vnde vi.* vbi dicitur: *Ridiculum esse dicere vel audire quod per ignorantiam, alienam rem aliquis quasi propriam occuparit.*

2. Idipsum exinde quoque demonstratur, quod is qui nescit possessionis suæ allegare & dicere titulum, sed quæsitus quonam iure possideat, nihil aliud respondere potest quam quia possideo sit prædo *l. 11. §. 1. & l. sequent. ff. de petit. hereditat.* Quapropter ex possessione titulo destituta, nihil nisi mala fides præsumi potest.

Resolvtio Thessis Sexta.

Ad possessionem porro præter titulum requiritur bona fides. Et hoc adeo necessaria est vt sine vlla omnis possessio sit improba. Cæterum non recte definitur ab Authore quod sit rei alienæ ignorantia. Recte siquidem & admodum notanter Didacus Couarru. scribit, vt quis bonæ fidei sit possessor, non sufficere ignorantiam simplicem, sed desiderari ignorantiam positiuam, hoc est eiusmodi ignorantiam qua quis non solum ignoret rem esse alienam, sed simul etiam statuat & credat rem esse suam, prout hoc infra loco opportuniore sub hac *thesi 6. lit. C.* (vbi de dubitante, anne bonæ fidei sit possessor, disseremus) demonstrabimus. *Lit. A.*

Certum autem est de iure ciuili non ad omnem præscriptionem bonam fidem esse necessariam: Non vtique requiritur ad longissimi temporis 30. aut 40. annorum præscriptionem, prout textus est *in l. 3. & l. 8. § 1. C. de præscript. 30. vel 40. annor.* Multo minus ad præscriptionem immemorialem, quoniam priuilegii instar obtinet.

Sed numquid etiam ea, quæ ita sunt de reseruatis Imperatoris vt signum sint supremæ eius potestatis? quæritur. *Quæ. 40. An ea, qua sunt de reseruatis principis, præscribantur?*

Pro Negatiua sententia facit primo quod *in l. Comperit. C. de præscript. 30. aut 40. annorum.* dicitur, nullo temporis spacio nos consequi posse vt censum Imperatori debitum denegare valeamus.

2. In *l. cum licet. de præscript.* asseueratur, prætextu præscriptionis non posse nos iugum obedientiæ, quo superiori alligati sumus, prætextu præscriptionis excutere.

3. Accedit quod Imperator sit totius mundi dominus & moderator *l. deprecatio. 9. ff ad L. Rhodiam de iactu Luca cap.* 2. &

2 & c.20. Matth. 22. Marc.12. ipsiusque omnia esse dicuntur *l. Bene à Zenone. C. de quadriennii præscript.*

4. In *cap. conuenire causa 23. quæst. 8. cap. Adrianus. distinct. 63. cap. quo iure distinct. 8.* Diu. Augustinus expresse profitetur nos nullam rem nobis tanquam propriam asserere posse, nisi auctoritate legis Imperatoriæ.

5. Insuper hanc sententiam probant, amplectuntur & sequuntur infiniti prope ICti & præstantissimi ICti & ex illis inprimis Hostiensis *in cap per venerabilem. de Elect.* Iason. *in l. 1. C. de summa trinitate num. 6.* Didac. Couarruu. *in Relect. peccatum. d. R. Iur. in sext. part. 2. §. 10. n. 7.* Bartol. *in l. hostes. numer. 7. de captiu. & postlim. reuers.* Decius *consil. volum. 2. consil. 307.*

9. Si ob summi pontificis maiestatem & præeminentiam non potest se quis subtrahere in spiritualibus pontificiæ potestati aut obedientiæ iugum in totum exuere, non poterit eadem de causa se vinculo Imperatoriæ maiestatis ita liberare vt illi nullo modo subsit, cum vtraque potestas tanquam à Deo profecta comparetur. *cap. soluta. de Maioritate & obedient.*

7. Ex *cap. Nulla distinct. 93.* satis perspicue colligitur quod instar monstri sit si quis ad eam libertatem adspiret qua prorsus Imperatoris imperio & potestate eximatur, ita vt hinc membra sine capite fluctuent & informem quandam speciem præbeant vt ἀκέφαλα dicantur.

8. Denique mala fides nullo tempore ad vsucapionem seu præscriptionem proficit. *cap. vlt. de præscript.* At qui sibi ab eorum præstatione, quæ Imperatori in singularem præeminentiam sunt tributa, immunitatem mediante præscriptione quærere conantur, sunt in mala fide. Ergo nullo tempore eiusmodi immunitatem sibi præscribere possunt.

Cæterum quod per præscriptionem quis se in totum summæ Imperatoris potestate eximere possit hisce sequentibus rationibus comprobari videtur.

1. Ex historiis constat Imperatores Romanos, etiam tum temporis, quo fuerunt potentissimi ac latissime imperium suum extenderūt, omnibus regnis ac prouinciis nō imperasse; Nulla siquidem vnquam arma Scythis intulerunt, nullum vestigium in Indis aut Æthiopum regno obtinuisse. Ex quo colligitur non præcise necessarium esse vt quis Imperatori Romano subsit eius imperium veneretur eaque ipsi quæ de reseruatis sunt ipsius necessario præster.

2. In *l. Mercatores. C. de Mercatoribus.* Imperatores illis, qui Imperio ipsorum subsunt, præscribunt, vt Parthorū finibus abstineant, nec vlla commercia vltra loca, quæ illic designata sunt, cum ipsis instituant.

3. Probari idem quoque hac ratione videtur quod etiā reges habeant ius indicendi vel censum exigendi *cap. innouamus. de censib.* Eodemque pertinet text. *in cap. venerabilem. qui filii sint legitimi.* vbi asseritur Regem Franciæ superiorem non agnoscere.

4. In *cap. causam. eod. tit. qui filii sint legitimi.* Idem plane, secundum intellectum Glossa ac Dd. de Rege Angliæ, quod nempe nullum agnoscat superiorem profiteri videtur.

Cæterum mihi prior sententia longe verior esse videtur vt quæ nitatur textu Iuris apertissimo *in d. l. comperit. Cod. de præscript. 30. aut 40. annor.* cuius hæc sunt verba: *Functiones autem seu ciuilem canonem vel aliam quampiam publicam collationem eis impositam dependere compelli, nec huic parti cuiuscunque temporis præscriptionem oppositam admitti.*

Nec rationes modo recensitæ ac pro posteriori sententia adductæ quicquam obstant. Etsi enim Imperatores Romani

non

non omnes sibi reges mundi subiugarint xinde tamen nullo modo inferri potest quod ea, quæ sunt Imperatori in signum præeminentiæ ac superioritatis referuata, à priuatis contra expressam Imperialem sanctionem præscribi & per præscriptionem immunitas acquiri possit.

Quod autem de Regibus Angliæ & Franciæ adducitur, ad rem ideo non pertinet quia Imperiales constitutiones referunt solū & indicant, quamnam sibi potestatem arrogent, non vero quam potestatem iure habeant & obtineant.

Sed vt ad propositum reuertamur, bona fides in omni præscriptione iure Canonico desideratur, textus expressus est *in cap. final. extr. de præscript.* cuius verba ita sonant: *Quoniam omne, quod non est ex fide, peccatum est; Synodali iudicio definimus vt nulla valeat absque bona fide præscriptio, tam Canonica, quam ciuilis: Cum generaliter sit omni constitutioni & consuetudini derogandum quæ absque mortali peccato non potest obseruari. Vnde oportet, qui præscribit in nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienæ.*

Et quidem quoad hunc articulum iuri Canonico stari constans Dd. traditio Andreas Gail. 2. *obs. 18. num. 10.* vbi allegat Parisium *consil. 91. num. 27. & n. 30.* Daniel Mollerus *libr. 2 Semestr. c. 18* Pinellus *Authent. Nisi Cod. de bon. maternis. num. 12.* Myn. 4. *obser. 6. & respon. 17. n. 10 Respo. 41. num. 13, Respons. 48. num. 16. decad. 2.* Rationem vero hi istam adducunt, quod in materia præscriptionis agatur de peccato. Quæ sententia, nisi vsu esset receptissima non vetere cōtradicere, quoniam si in longissima etiam præscriptione necessaria foret bona fides, præsertim vero in actionum præscriptione, nō facile actio posset præscribi, quia debitores norunt se debere & obligatos sese esse ad quippiam præstandum vel restituendum: ac consequenter præscriptio longissimi temporis sine effectu prope à legibus ciuilibus introducta esset, quod temere asseuerandum non est. Deinde principium quoq; istud quo regula prædicta nititur magna imbecillitate laborat. Si enim omnibus in actibus & negotiis peccatis obnoxiis ius Canonicum prædominari deberet iuri ciuili consequens foret omnibus in contractibus & commerciis, in quibus fraus & dolus cōmitti potest præferri debere ius pontificium ciuili: Et quid deniq; in iure nostro esset in quo præeminentiam & dominatum sibi ius Canonicum hoc prætextu vindicari non posset?

Cæterum vtut sit probe obseruandum est quod moneat Daniel Mollerus in iure Canonico per malam fidem, quæ præscriptionem impedit, non intelligi simplicem malam fidē qua nouit duntaxat se debere seq, obstrictum esse ad soluendum, sed intelligi malam fidē debitoris positiuam qua non solum nouit, vt dixi quod debeat & quod ad soluendum sit obligatus, sed etiam qua debitum ipsum celet; quam moderationem ait Mollerus & iuri & æquitati consentaneam esse.

De iure Saxonico, etsi dubitetur anne ad præscriptionem longissimi temporis bona fides sit necessaria, & Wesenbecius etiam *in not. ad* Sne:deWin. *tit. Instit. de vsucap. num. 20.* diserte idipsum neget contrarium tamen satis euidenter probat textus *in Electorali Saxon. constit. 3. part. 2.* vbi, cum sancitum & constitutum fuisset vt annui census in maiori moneta soluendi, si longissimo tempore in minori soluti fuerint, in posterum quoque ita solui possint; subiicit hæc verba Elector: Es wehre dann das mala fides wieder den so den Zinß zu reichen schuldig / nicht allein vorgewant / sondern auch erwiesen würde / welches wir vns gefallen lassen.

Lit. B. & C.

Quæ. 41. *An superueniēs mala fides interrumpat mobiliū vsucapionē?*

Porro bona fides, iure ciuili, ab initio vsucapionis præcipue desideratur,

ita

An superueniens mala fides interrumpat mobilium vsucapionem?

ita vt superueniens mala fides vsucapionem non impediat: Quod de rebus immobilibus facile largitur Donellus: De rebus vero mobilibus earumque præscriptione non nihil addubitat, & proclivior est in eam sententiam quod ad totum cursum præscriptionis mobilium bona fides requiratur, sic vt mala fides superueniens vsucapionem impediat & præscriptionis cursum sistat: Hanc autem sententiam suam sequentibus hisce rationibus confirmare nititur.

1. Res furtiuæ, inquit, vsucapi nequeunt siue fur sit, siue etiam alius quantumuis bonæ fidei possessor. §. *furtiuæ. I. de vsucap.* Atqui res mobiles semel lucrandi animo contrectatæ, fiunt *furtiuæ. tot. tit. I. de obligat. quæ ex delict. nascunt.* Igitur res mobiles mala fide possessæ vsucapi nequeunt.

2. In *cap final. extr. de præscript.* requiritur vt is, qui præscribit nulla temporis parte rei alienę scientiam. Quare nec iure ciuili, nec iure Canonico vsucapio procedit, mala fide superueniente etiamsi initium vsucapionis bonum fuerit & iustum.

3. His addi potest & hæc ratio, quod is, qui bonam fidem habere desiit, fructus non amplius lucretur, sed instar malæ fidei possessoris omnes omnino restituere cogatur, quos ab eo tempore, quo in mala fide constitutus fuit, percepit *l. 48. ff. de acquir. rerum domin.* Cui consequens esse videtur quod etiam quoad vsucapionem pro malæ fidei possessore habeatur eamque cœptam absoluere nequeat.

Cæterum huic sententiæ, quantumuis admodum speciosæ subscribere nequeo propter textus admodum in contrarium speciosos, quibus haut obscure confirmatur malam fidem superuenientem, si initium fuerit bonum non impedire vsucapionem.

Nam *in l. vnica. C. de vsucap. transformanda.* expresse sancit Iustinianus, vsucapionem non intertumpi per posteriorem rei alienæ scientiam. De rebus autem mobilibus in specie & expresse loquitur.

2. Accedit textus *in l. 48. §. 1. ff. de acquir. rer. dom.* vbi Paulus expressis verbis testatur, vsucapionem durare ac perseuerare, si eo tempore, quo res mihi tradebatur, putem vendentis esse, deinde cognouero alienam esse, loquitur autem ibi ICtus de re quauis indistinctè.

3. Sic & *in §. diutina l. de vsucap.* Iustinianus vsucapionem durare & possessionem defuncti continuari heredi, etiamsi hic sciat rem alienam esse, adeoque sit in mala fide constitutus modo antecessor seu defunctus habuerit bonam fidem.

His ita ponderatis non admodum difficilis erit responsio ad contraria argumenta.

Ad primum enim respondetur, quod dicitur res furtiuas non posse vsucapi id de illis rebus intelligendum esse, quæ statim ab initio furtiuæ fuerunt, de quibus etiam *d. §. furtiuæ.* expresse loquitur: Etenim quod res, quæ ex superueniente mala fide in furti vitium incidunt vsucapi possint, satis euidenter superioribus textibus probatur.

Ad secundum ex iure Canonico desumptum respondeo, iure quidem pontificio ad vsucapionem quouis tempore bonam fidem desiderari, secus vero de iure ciuili, vt ostensum fuit, ius autem ciuile hic potius quam Canonicum obseruandum esse, paulo supra ostendi, & facit etiam hoc quoad præscriptionis materia plane sit ciuilis, nullo autem modo spiritualis.

Ad postremum quoque argumentum respondet ipse Paulus ICtus *in l. 48. ff. de acquir. domin.* diuersissimam esse vsucapionis & fructuum perceptionis rationem quia vsucapio fit ius continuum

nuum, & continuum requirat factum, possessionem videlicet continuam *l. 3. ff. de vsucap.* quæ semel bona fide cœpta, ius vsucapiendi postea non mutat, cum nec ipsa mutetur *l. qui bona 19. §. 1. ff. de acq. poss.* At in fructuum perceptione tot sunt facta, quot perceptiones.

Quæ. 42. *An completa vsucapione, si mala fides superuenerit, res in foro conscientia retineri possint?*

De iure Canonico bonam fidem non solum ab initio, sed etiam toto vsucapionis cursu desiderari supra est dictum & probat euidenter textus *in cap. fin. de præscript.* cuius verba supra recitauimus. Quod ipsum Interpretes ita extendunt vt nec statuto vel lege contrarium induci possit Andreas Gailius *2. obseruat. 18. n. 7. & sequent.* Mynsingerus 4. *obseru. 6.* Wurmblerus *tit. 45. obseru. 4. n. 23.* Iason. *in l. Non dubium n. 56. C. de legibus.* Bartol. *in l. omnes populi. n. 22. ff. de Iustic. & Iure.* Mathes. *singul. 24.* Hoc vero idcirco, quia talia statuta conscientiā læderent, peccata nutrirent, quia conscientiā lædit vsucapio qua quis sciens rem alteri auferr, peccatum etiam fouet ac nutrit, quoniam peccatum est suo alium defraudare: Iam vero eiusmodi statuta, quæ conscientiam lædunt ac vulnerant, peccatum insuper nutriunt, non debent valere *l. conuenire ff. de pact. dotalibus.* quoniam lex debet esse sancta & honesta *l. 2. & 3. ff. de legib.*

Cæterum si liceat mihi ingenue & aperte dicere quid sentirem, videtur vtique hæc opinio, vtut vsu fori sit recepta & à DD. communiter approbata à vero non parum aberrare. Cum enim sacratissimis Imperialibus legibus & constitutionibus præscriptio & vsucapio procedat, etsi mala fides superueniat, prout ex *d. l. 47. ff. de acquir. rer. dom.* & aliis fundamentis iuris ciuilis demonstratum est, ratio non videtur esse cur statutum, ad formam iuris communis Cæsarei factum subsistere nequeat.

Ratio autem, quæ adducitur, quod nimirum talis lex vel tale statutum conscientiam vulneret & peccatum nutriat non videtur magni admodum esse ponderis; quoniam in causa vsucapionis ac præscriptionis non tam priuati consideratur commodum, quam vtilitas publica *l. 1. ff. de vsucap.*

1. Deinde qui secundum leges aliquid sibi acquirit, non peccat, cum leges bonæ ac salutares Reipubl. sint nihil aliud quam Dei ordinatio *Romanor. 13.* Et quanquam etiam multi sint è Canonistis, qui statuant ne completa quidem vsucapione retineri rem posse in foro conscientiæ, quæ legitimæ erat præscripta & præscriptione alicui acquisita: Si enim vtroque & ciuili & canonico iure legitime res per præscriptionem est acquisita, cur non posset præscribens eam sibi bona conscientia retinere etiamsi postea resciuerit rem fuisse alienam? Cum & alias vulgaris sit regula non errare eum qui legis authoritate & ductu quippiam facit.

2. Accedit quod nullus omnino in iure Canonico textus occurrat; in quo contrarium decretum & vsucapiens, finita vsucapione iubeatur rem domino priori restituere, si resciuerit rem non fuisse suam.

3. In considerationem deinceps & illud venit quod vsucapio sit species quædam voluntariæ alienationis, ita vt ille, qui rem suam vsucapi patitur, videatur eam alienasse *l. 28. ff. de verborum significat.* Iam vero qui rem aliquam à domino in se alienatam sciens retinet, non vtique peccare suamque conscientiam lædere aut vulnerare dici potest.

4. Et quid, obsecro, de eo dicemus casu quo vsucapiens rem à se nunc vsucaptam oneroso titulo comparauit, diu etiam curauit & coluit in eiusdemque curam & culturam sumptus fecit? Non certe peccare hic dici potest, si rem ex tali oneroso titulo vsucaptam, retinet, nec priori omnino restituit.

Quod ab Alciato in tractat.de quinque pedum præſcript. pro contraria ſententia adfertur, valde lubricum eſt, quod nempe ratio quæ ſuſtinet iure fori vſucapiones, vt ſcilicet litium ſit finis, deficiat in iure poli ſeu conſcientiæ, quoniam in eo foro nullus ſit litibus locus *cap. Nouit. de iudic.* ſed quilibet Chriſtianus debeat bonam fidem agnoſcere & rem vltro ad dominum deferre.

Etenim ſit ita in foro conſcientiæ nullum eſſe litibus locum, in iure fori tamen ad hoc forum conſcientiæ animos hominum præparari, negari non poteſt: Et quid, obſecro, aliud facit vſucapio, quam vt lites, contentiones ac diſcordias è medio tollat, & inter Chriſtianos concordiam & pacem foueat? Numquid vero hoc foro conſcientiæ repugnat? Annon potius eidem quam maxime congruit? Deinde ſi omne illud conſcientiæ foro repugnaret quod ad ſopiendas, minuendas ac tollendas lites in iure comparatum eſt; totus vtque de iudiciis, de tranſactionibus de pactis tractatus è iure ciuili eliminandus foret, cum, ex Alciati præſuppoſito, in foro conſcientiæ, in quo nullæ ſunt rixæ, nullæ contentiones, conſiſtere non poſſent.

Quapropter ſententia iſta, quod res vſucapione completa, ſi vſucapiens alienam eſſe reſciuerit, priori domino ſit reſtituenda, ſemper mihi & falſa & abſurda viſa fuit: Maxime cum & ius Canonicum illam non obſcure improbet, dum cum effectu vſucapionem ex tempore legitimo, titulo iuſto & bona fide procedere & plenum effectum conſequi vult, quem vtique non conſequeretur ſi rem reſtituere cogeretur priori domino, finita vſucapione. *arg. l. Id quod noſtrum. ff. de vſucap.* De Immemoriali præſcriptione quod ſubiicitur, eam iure Canonico ſine bona fide non procedere, videtur optimum habere fundamentum *in d. cap. fin. extr. de præſcript.* vbi aperte decernitur *Nullam* præſcriptionem ſine bona fide procedere.

Quæ vera ſunt generalia & omnem omnino præſcriptionem includunt nullam vero excipiunt vel excludunt; ſed nec alibi in iure præſcriptio immemorialis excepta reperitur: Iure itaque prædictæ regulæ ſtatur vſque dum exceptio probetur.

De eo qui dubitat de re, quam poſſi- *Quæ. 43.*
det, ſitne ſua an vero aliena, non conue- *an dubi-*
nit omnino inter Dd. ſitne dicendus *tans ſit bo-*
bonæ fidei poſſeſſor, an vero poſſeſſor *næ fidei*
malæ fidei? *poſſeſſor?*

Primo enim ſunt qui eum ad bonæ fidei poſſeſſorem, referant idque ex ſubſequentibus fundamentis.

1. Dubitatio inquiunt, ignorantiæ, & dubitans: ignoranti in iure comparatur *l. final. Cod. de condict. indebit.* quo loco Imperator ita ſcribit: *pro dubietate eorum qui mente titubante indebitam ſoluerint pecuniam, certamen legum latoribus incidit, idne quod ancipiti animo ſoluerint, poſſint repetere annon? Quod nos decidentes ſancimus qui incerto animo indebitam dederint pecuniam, vel aliquam aliam ſpeciem perſoluerint, repetitionem non denegari & præſumptionem tranſactionis non contra eos induci: Niſi hoc ſpecialiter ab altera parte approbetur.* Hinc relucet dubitantem aperte comparari ignoranti, dum repetitio ſoluti indebiti ei perinde, vt ignoranti conceditur.

Sic porro dubitans & neſciens comparantur *in l. fin. § 2. C. de furt.* Atqui ex ignorantia bona fides naſcitur & ignorans eſt bonæ fidei poſſeſſor, vt ex definitione bonæ fidei poſſeſſoris, in-

in §.si quis à non domino I.de Rer.diuis. tradita apparet; vnde aliud nihil concludendum videtur, quam dubitantem esse bonæ fidei possessorem.

2. Accedit & ista ratio, quod quicquid dolo, malitia, fraude, calliditate, fallacia & simulatione caret, id bona fides dicatur Gœdd. *ad l.109. num.2. de verbor. significat.*

Dubitatio autem his omnibus careat: dubitatio igitur recte bona fides dicitur.

3. Si in iure errans est bonæ fidei possessor, multo magis dubitans bonæ fidei possessor dicendus erit, cum errans in iure quodammodo pro sciente habeatur *l.leges. Cod. de legibus l.5. ff. si cert. petat.* Prius autem indubitate verum: Sequitur proinde posterius.

Veruntamen sententia hæc recipienda nullo modo videtur, propterea quod definitio bonæ fidei possessoris dubitanti conuenire non videtur: Nam bonæ fidei possessorem esse diximus eum, qui credit se rem à vero domino, aut eo, qui eius alienandæ potestatem habuerit accepisse, atque per hunc se dominum rei illius effectum esse *d. §. si quis à non domino I. de Rer. diuis. d. princ. I. de vsucap.* At dubitans, quod res sit sua, quam possidet, & quod is, à quo tam nactus est, dominus fuerit, non credit, quia dubitare & credere sunt contraria, cum is credat, qui firmiter & indubitanter statuit, rem ita, & non aliter sese habere.

Nec contrarium probant superiora argumenta: Nam ad primum respondeo, committi fallaciam à dicto secundum quid, ad dictum simpliciter: Non enim quæ in vno aliquo conueniunt, ea protenus in omnibus & simpliciter conueniunt.

Deinde *in l. final. Cod. de condict. indeb.* agitur de indebiti soluti repetitione, quæ non tantum illi datur, qui credit rem, quam soluit esse suam, sed etiam ei competit qui ignorat rem indebite solutam esse alienam vel esse debitam.

Etsi autem dubitans non credit rem, quam soluit, esse suam, ignorat tamen esse suam; adeoque confertur dubitans non cum bonæ fidei possessore, sed cum ignorante: Omnis quidem bonæ fidei possessor ignorat rem, quam possidet esse alienam; sed tamen non omnis, qui ignorat rem quam possidet esse alienam, est bonæ fidei possessor: In bonæ fidei siquidem possessore non simplex ignorantia sufficit, sed ignorantia requiritur positiua, hoc est ea, qua simul credat ac statuat rem, quam possidet esse suam per iura superius adducta.

Postremo obseruandum est *in d. l. fin.* dubitantem cum ignorante conferri non quoad lucrum & commodum acquirendum, sed quoad damnum vitandum: Sic etiam *in d. l. fin. §. 2. Digest. de furt.* dubitans confertur cum nesciente, non cum bonæ fidei possessore: omnis quidem qui bona fide possidet, nescit rem, à se possessam esse alienam; sed non omnis, qui hoc nescit bonæ fidei possessor est.

Ad secundum respondetur bonæ fidei quidem emptorem doli ac fraudis esse expertem, sed non vice versa, eum, qui expers est doli ac fraudis esse bonæ fidei possessorem: Quandoquidem amplius aliquid requiritur, videlicet vt credat etiam rem esse suam illumque fuisse dominum à quo eam nactus est.

Ad Tertium respondetur ignorantem non haberi pro sciente *l.25 §. scire. ff. de petit. hered.* & pluribus quæstione proxime subsequente dicetur.

Secundo igitur, hac explosa opinione, statuunt nonnulli circa propositam quæstionem, dubitantem de iure illius rei, quam possidet, malæ fidei possessorem esse, & hoc propter sequentes rationes.

1. Quicunque læsam habet de re, quam possidet conscientiam, in mala fide est, cum enim bona fides sit illæsa rei alienæ scientia, consequens est quod mala fides sit scientia siue conscientia læsa; idq; ex natura oppositorum, quæ hæc est quod de oppositis & cõtrariis contraria & opposita prædicentur. Iam vero dubitans non habet illæsam conscientiam: Quocirca malæ fidei possessor merito dicetur.

2. Si dubitans non est bonæ fidei possessor, erit malæ fidei possessor, quia inter bonæ & malæ fidei possessorem, medium seu tertium non datur. Atqui dubitantem non esse bonæ fidei possessorem, supra ostendimus; sequitur proinde illum esse malæ fidei possessorem.

3. Malæ fidei possessor & qui credit rem, quam possidet, esse alienam. *§ si quis à non domino. I de Rer. diuis.* Atqui dubitans credit dubitando *l. fin. C. vnde vi l. quod nostrum. ff. de vsufructu.* simulatio præterea subest, cum aliud quis agit, aliud credit.

4. Si dubitans non esset malę fidei possessor, vsucapere posset, qui solus malæ fidei possessor vsucapere prohibetur. Atqui non potest vsucapere, sicut plerique omnes statuunt: Dubitans proinde est malæ fidei possessor.

5. Quicunque scientiam habet rei alienæ, quam possidet, non est bonæ fidei, sed malæ fidei possessor: Atqui dubitans incipit scientiam habere rei alienæ. Igitur pro malæ fidei possessore habendus est.

Sed nec hæc sententia subsistere potest propterea quod malæ fidei possessor vbiuis ille definiatur is, qui nouit & intelligit, rem, quam possidet, non esse suam eandemque se ab eo accepisse, qui nec dominus eius fuerit, nec ius habuerit eam alienandi & distrahendi. De dubitante vero quod sciat rem esse suam, sed ad alium spectare, hoc affirmari non potest: Vt taceam quod mala fides non sit sine malitia, fraude, fallacia & simulatione: Dubitatio vero hisce omnibus careat.

Ad primum vero argumentum respondetur, malam fidem esse quidem læsam conscientiam, sed non quamuis læsam conscientiam esse malam fidẽ, quia ad malam fidem præterea rei alienæ scientia requiritur *d. §. si quis à non domino. I. de Rer. diuis. d. pr. I. de vsucap* Quapropter, licet dubitans læsam fortassis conscientiam habeat, scientia tamen rei alienæ in ipso deficit: Scire quippe & dubitare non modo diuersa sunt, sed etiam contraria.

Ad secundum respondetur, inter bonę & malę fidei possessores dari medium & tertium, qui nec bonæ fidei sit possessor, nec etiam possessor malæ fidei, sed tamen cum vtroque aliquid commune habeat, prout mox demonstrabitur.

Ad tertium argumentum respondetur, manifestam contradictionem implicare *dubitando credere*: Cum credere reuera sit firmiter & indubitate aliquid statuere.

Ad quartum argumentum hæc est responsio; non solum malæ fidei possessorem vsucapere non posse, sed nec quemuis alium, qui bonam fidem non habeat: Quandoquidem ad vsucapionem non solum requiritur, ne res mala possideatur fide, sed desideratur etiam vt bona fide possideatur.

Quapropter his duabus opinionibus reiectis ita firmiter statuendum arbitror: Eum qui de iure rei à se possessæ dubitat neque bonæ fidei, neque malæ fidei

fidei possessorem esse,sed inter vtrumque medium obtinere; idque hanc ob causam, quia neque scit neque ignorat rem,quam possidet,alienam esse, sed de vtroque nonnihil participat.

Huic sententiæ non obstat quod nulla ratione fieri possit vt bonum sit malum,& malum sit bonum,sicut nec nigrum album,& album nigrum; & licet bono melius esse possit & malo peius, nunquam tamen malum bonum esse queat.

Hoc,inquam,non obstat, quandoquidem dubitantem neq; inter bonæ fidei neq; inter malæ fidei possessores referimus; sed inter vtrosq; medium constituimus:Proinde sicut non sequitur; rubrum non est nigrum , Ergo est album: Ita quoq; non sequitur : Non est bonæ fidei possessor:Ergo est malæ fidei possessor; cum hæc sint contraria mediata, quæ intermedium seu tertium aliquod admittant.

Non aduersatur quoque quod inter conscientiam læsam & illæsam non repetiatur medium : Igitur nec inter bonam & malam fidem,cum illa sit conscientiæ illæsæ,hæc autem sit conscientiæ læsæ.

Etenim [illegible] omnis qui conscientiam aliquã qualitercunq; habet læsam, propter[illegible] malæ fidei possessor dicendus est, cum hoc insuper requiratur vt etiam intelligat & credat se rem alienam possidere §.2.*l.de vsucap.capit.fin.de vsucap.*

Postremo sententiæ nostræ non resistit quod contraria priuatiua non admittant medium, bona autem & mala fides sint priuatiue contraria.

Falsum siquidem hoc est principium, cum satis & abunde constet priuatiue contraria medium admittere non modo subiecti ,sed etiam participationis, quod scilicet de vtroq; extremo aliquid participet,prout inter videntem & cœcum intermedius est luscus , qui aliquid de vtroque participat ; qua de re videri potest Bartholom.Keckerman.*in Systém. Logic. lib.1.c.6.de priuat.oppos.can.2.* Præterea bona & mala fides non sunt mere priuatiue opposita,cum vtraque illarum aliquid ponat ; Illa quidem vt possessor credat rem suam esse sibiq; à vero domino traditam:Hæc vero vt possessor sciat & credat rem non esse suam,quam possidet,sed alienam.

Quocirca tenendum firmiter ac statuendum est, eum , qui de re , quam possidet,dubitat sitne sua,an minus,nec pro bonæ fidei possessore,nec pro malæ fidei possessore habendum esse nec etiam vsucapere posse,sed inter vtrumque illum medium tenere.

De eo qui in iure errat consimiliter quæritur sit ne bonæ an malæ fidei possessor?Et quod bonæ fidei sit possessor asserendum videtur;quoniam in iure errans non intelligit,se rem alienam possidere,sed putat & credit rem suam esse, quamuis hoc ex errore. At bonæ fidei possessor est qui credit rem esse suam atque à vero domino sibi traditam fuisse: Malæ autẽ fidei possessor qui nouit rem à se possessam ad alium spectare *d.§.si quis à non domino.l.de Rer.diuis.& pr.l.de vsucap.* Nec mouet quod aiunt,in iure pro sciente haberi; Tum quia omnes iura scire debent *l.Leges C. de Legibus.* Tum etiam quod paria sint scire & scire oportere *L. 5.ff.de Reb.credit.l.7.§. seruus. 2. Digest. pro emptor.* Quæ. 43. *An Errans in iure sit bonæ fidei possessor?*

Quod enim errans pro sciente non habeatur,nec ad malæ fidei possessorem referri queat, dilucide ostendit ICtus *in l.25.§.scire, Digest. de petit. heredit.* vbi ait scire ad se non pertinere, vtrum is tantum videtur,qui factum scit,an & is,qui in iure errauit ?putauit enim recte factum testamentum , cum inutile erat, vel eum eum alius præcederet agnatus sibi potius deferri : Et non puto hunc prædonem esse qui dolo caret,quamuis in iure

Quæ. 44. *An mala fides præsumatur?* fraudem iuris fuerit mercatus. De eo porro quæstio est, anne bona fides in eo qui titulum habet bona fides præsumatur; an vero potius mala fides in dubio præsumi debeat?

Et profecto non desunt qui statuant bonam fidem ab allegante probandum esse: Etenim Andreas Gailius *l.b.2. obseruat.31.* statuit ac diserte scribit: bonam fidem iuramento probari, & ad hoc allegat Goll. *in §. sed ista l. de act. & Dyn. in cap. qui contra de Reg. Iur. in sext.*

Verum hæc sententia nunquam mihi placere potuit: Tum quia quilibet præsumitur bonus donec contrarium probetur *cap. final. de præsumpt. l. cum pater §. rogo. Digest. de legat. 2.* & ideo dolum (quo mala fides nititur) allegans probare tenetur *l. quoties. §. qui dolo. Digest. de probat. l. dolum. Cod. de dolo.* Nec in vllo præterquam in re illicita versanti, præsumitur. Andr. Gail. *lib. 2. obseruat. 110. n. 5.* Tum quia ignorantiam facti alieni vt & iuris, alii competenti, præsumi, nec probatione indigere certissimum est, ita vt illi præsumptioni sit standum, nisi probetur scientia *cap. præsumitur. de Reg. I. in sext. l. super seruis C. qui milit. poss.* & hoc ipso probata censeatur ignorantia quod non probatur contrarium *l. verius. ff. de probat.* Atqui bona fides potissimum & maxima ex parte consistit in ignorantia iuris alieni. vt & supra sub initium huius thesis dicitur; Et hæc ignorantia iusta & probalis est; siquidem cum quis mihi rem vendit vt suam, eamque sui domini esse asserit, iuste sane ignoro alienam esse, si aliena est, quoniam inquirere hanc in rem vlterius mihi non licuit, sed fidem ei habere oportuit. Tum quia bonam fidē in dubio præsumi textus est *in l. Merito. ff. pro socio.* vbi dicitur; *Et sane plerumque credendum est, eum qui partis dominus est, iure potius suo re vti, quam furti consilium inire.* textus etiam *in l. penult. C. de euict.* vbi hisce verbis Impp. rescribunt: *Non ex eo quod duplum is qui à matre tua mancipium comparauit, euictionis nomine stipulatus est, alienæ rei scientia conuincitur: Nec opinio eius ex hoc læditur, vt malæ fidei emptor existimetur: Aliis itaque hoc indiciis si vis, probare debes.* Hic proponitur aliquem duplo emisse mancipium & euictionis nomine stipulatum esse, quæritur vtrum ex hoc solo pro malæ fidei possessore haberi deberet? Ita quidem pars aduersa quæ suum allegabat mancipium, volebat: Sed Imperatores respondent eum propterea pro malæ fidei possessore habendum non esse, sed malam fidem allegantibus incumbere aliis indiciis id probare. Et denique quod rei alienæ scientia non præsumatur, sed probari debeat, euincit quoque textus *in l. 21. ff. de probat.* Et hanc sententiam communiter approbant Interpr. Andr. Gail. 2. *obseruat. 46.* Andr. Alciat. *Regul. 3. de præsumpt. præsumpt. 5.* Bartol. *in l. final. in fin. & num. 17. Cod. vnde vi.* Angel. *in l. super longo. Cod. de præscript. long. tempor.* Iacobus Menoch. *lib. 3. præsumpt. 130.* Iohann. Kœpp. *decis. 57. n. 14. & seqq.*

Et hanc ipsam sententiam Elector Saxoniæ in suo territorio & Electoratu recepit & comprobauit *constitut. 3. part. 2. in verb.* **Es wehre dann das** mala fides **wider den / so den Zinß zureichen schuldig / nicht allein vorgewant / sondern auch erweisen würde.**

Etsi autem bona fides non necessario probari debeat vt hactenus ostendimus, ipsam tamen in iudicio allegari oportet, quo iudici de ea constare queat Bald. *in l. super long. n. 10. cum sequent. C. de præscript. long. temp.* Andr. Gail. 2. *obs. 46. num. 22.*

Et hoc, quod dictum est, bonam fidem in dubio præsumi, tunc procedere facile concedunt quando possidens titulum habet verum aut putatiuum: quoniam ex titulo bonam fidem præsumi aiunt: Sed numquid & eo casu quo

quo possidens titulo destituitur, præsumptio hæc bonæ fidei locum habeat magis inter Doctores controuertitur? Affirmatiua ex hac defenditur ratione quod simul stare possint, non habere titulum & tamen in bona fide esse, secundum Glossam *in l. si quis emptionis in verb. tenuerit. C. de præscript 30. vel 40. annor.*

Sed hæc sententia proculdubio vera non est & refellitur per textum *in l. 11. §. 1 ff. de petit. hered. cum l. sequen. vbi sic dicitur: pro possessore vero possidet prædo, qui interrogatus cur possideat, responsurus sit quia possideo nec contendet se heredem vel per mendacium: Nec vllā causam possessionis possit dicere.*

Cum igitur hic aperte sanciatur quod prædo sit qui possessionis titulum non habet, nec possessionis suæ possit dicere causam, consequens sane & quod non possit præsumi bonæ fidei esse possessor, sed potius à iure præsumatur prædo & malæ fidei possessor.

Quæ. 45. *An extraiudicialis denunciatio inducat malam fidem?* An sola & nuda extraiudicialis denunciatio bonam fidem inducat, quæstio & itidem controuersa? Affirmatiuam amplectitur noster Author, secutus Myngingetum Felinum & alios quos allegat. Sed mihi contraria sententia Arii pinelli *in Authent. Nisi Cod. de bonis maternis.* verior esse videtur, & sic omnino statuendum existimo, neque iudicialem, neque extraiudicialem denunciationem malam fidem inducere.

Vt sic statuendum hisce moueor rationibus.

1. Malæ fidei possessor is demum dicitur, qui nouit rem, quam possidet, non esse suam, sed ad alium pertinere §. *si quis à non domino. I. de Rer. diuis. pr. I. de vsucapionibus.* Iam vero is, qui de re quam possidet extra iudicium vel etiam in iudicio interpellatus est ab alio, qui se illius rei dominum asserebat, ex hac sola denunciatione non nouit, nec etiam nosse potest, quod res sit aliena, nec ad se iure dominii spectet: Quid enim si per calumniam denunciet & interpellet, & quid si ex errore: Quocirca cum in denunciato deficiat rei alienæ scientia, quæ fundamentum, est malæ fidei, imo ipsa mala fides, non poterit vllo modo malæ fidei possessor appellari.

2. Deinde si malæ fidei possessorem sola denunciatio faceret, sequeretur in mora denunciatum ex sola denunciatione constitui: Ratio quoniam omnis malæ fidei possessor moram contrahit: Iam vero denunciatus & interpellatus non constituitur in mora ex nuda denunciatione per text. *in l. 21. 22. 23. ff. de vsur. & mora.*

3. Insuper pro eadem hac sententia est etiam textus *in l. 40. ff. de petit. hered.* vbi ait ICtus non teneri eum, qui iudicialiter est interpellatus temere in defensum ius suum relinquere.

Nec refragatur huic sententiæ textus ab Authore allegatus *in l. 17. Cod. de Rei vindicat.* Nam si probe perpendatur ille textus hoc saltem probat & euincit, quod illi, qui malæ fidei possessorem demonstrarit, fructus & ipse quoque fundus restitui debeant. Ex quo sequitur quod aliquis non præsumatur malæ fidei possessor, sed fructus mala fide perceptos probare debeat.

Non obstat etiam textus *in l. 20. §. 11. ff. de petit. hereditat.* vbi dicitur ex eo tempore quo quis scit à se peti incipere eum malæ fidei possessorem esse, scire autem cum primum denunciatum fuerit.

Hic enim textus de eo intelligi debet qui ex denunciatione statim intelligit se rem alienam possidere.

Non resistit etiam quod possessor à lite contestata atque sic denunciatione iudiciali omnes fructus quos percepit teneatur restituere, & non solum eos, quos percepit, sed etiam quos percipere potuit. *l. sed & loci 4. §. post litem. ff. finium regund. l. 22. C. de Rei vindicat. §. si in rem actum versic. post inchoatam autem. I. de offic. iudic.*

iudic. bonæ autem fidei possessor fructus perceptos non restituat *d.l.22.& §. si quis à non domino. I. de Rer. diuis.*

Nam bene ad hoc Donellus respondet, rei alienæ possessorem post litem contestatam haberi pro malæ fidei possessore saltem quoad fructus & eorundem perceptionem. Deinde pro malæ fidei possessore habetur si conuictus fuerit malæ fidei & quod rem alienam sciens possederit, *l. qui scit. Digest. de vsur. & fructibus.*

Rursus non aduersatur quod tam bonæ, quam malæ fidei possessor, post litem contestatam non solum in actionibus in rem, sed etiam in actionibus in personam actori omnem causam restituere teneatur *l.2.l.10. ff. de vsur. l. Cum fundus.31.in pr. ff. de Reb. credit.*

Nam etiam huic respondetur, singulare hoc esse in restitutione fructuum & cæterarum accessionum, quæ causæ appellatione continentur quod ratione illatum possessor malæ fidei censeatur statim à tempore denunciationis. Et ratio est, quæ *in d.l.2. ff. de vsur.* adducitur quod æquum sit vt quale quodq; est quod petitur, tempore litis contestatæ, tale præstari debeat, ne reus lucrum faciat ex re, quæ in lite esse cœpit *l. Iulianus.17.§.vlt. ff. de Rei vindicat.* & ne reus habeat, quod non esset habiturus, si statim bonam fidem agnouisset & actori cessisset *l. Et ex diuerso 35 §.1. ff. d. tit.* Iacob. Cuiac. *ad l.10. ff. de vsur. lib.2. quæst Pauli.* Quoad rem vero ipsam possessam pro malæ fidei possessore habere super restitutione eius facienda interpellatus, dici non potest.

Quæ. 46. *Ex quibus causis mala fides præsumatur?* Porro cum ex prædictis constet quod regulariter bona fides præsumatur vsq; dum de mala fide doceatur, quæritur mala fides quibus modis detegatur?

Et quidem Iacobus Menochius ad quē sese Treutlerus noster refert, *l.2. arbitrar. iud. qu. casu 226.* quatuordecim refert modos quibus possessoris mala fides detegitur.

Primus est si possessor sine titulo possidet ex *l. vlt. Cod. vnde vi. & l.11.12. & 13. ff. de petit. heredit.*

Secundus, si possessori denunciatum fuerit ne rem emeret quoniam vendentis non sit *l si fundum Cod. de Rei vindicat.* Quod tamen Bartolus & Baldus ita intelligunt si denunciatio facta sit ante emptionem non vero postea.

Tertius, si emptor rei non seruatis iuris solennitatibus contraxerit *l. quemadmodum. C. de agricol. & censit.* Ex titulo siquidem improbato mala præsumitur fides.

Quartus, si probetur possessorem coram aliquibus dixisse, se scire rem illam alterius esse Bartol. *in l. Celsus. Digest. de vsucap.* Felinus *in l. si diligenti, num.5. de præscription.*

Quintus, si fama fuerit in vicinia rem illam alterius, quam venditoris esse: tunc enim in mala fide creditur esse qui eam emit Bartol. *in d. l. Celsus. Digest. de Rei vindicat.*

Sextus si quis, postquam possidere cœpit, procurauit titulum habere Bald. *in l. quoties ff. de Rei vindicat.* Felin. *in d.c. si diligenti. extr. de præscript.* Balb. *in d.l. Celsus num.123.*

Septimus, si testimonio testium, extra iudicium etiam mala fides probetur Bald. *in cap.1. §. si duo. de pace tenenda* Felin. *in cap. si diligenti. n.5. de præscript.*

Octauus, si possessor acquirendo non curauit videre mandatum procuratoris, nomine sui domini vendētis: Nam si postea reperitur mandatum minus validum vel nullum, in mala fide esse præsumitur. Bartol. *in l. qui fundum. §. vlt. & in l. vlt. ff. de vsucap. pro emptor.* Felin. *in d. cap. si diligenti n.5.*

Nonus, si quis ex priuilegio possidere & illud priuilegium se præscripsisse contendit Felin. *d. cap. si diligenti n.5.*

Decimo ex sola relatione tertii in mala fide possessor constituitur.

Vndecimo in mala fide is creditur qui à consumptore statim emit, vt si à prodigo vel luxurioso emat. Bartol. *in l. si quis cum sciret. Digest. de vsucap. pro emptore.* Abbas *in cap. si diligenti. de praescription.*

Duodecimo in mala fide is creditur esse qui de iure suo dubitauit & ob id quaesiuit remedium aliquod, quod tamen Menochius saltem de vehemente dubitatione admittit; cum alias dubitans in bona potius, quam mala fide esse praesumatur.

Decimo tertio in mala fide is creditur esse qui in re aliena possessionem praetendit, cum rem alienam esse scit, vel scire debet vel lege communi, vel municipali. Balb. *in l. Celsus num. 127. de vsucap.*

Decimo quarto & vltimo in mala fide esse praesumitur, qui in solitis adhibitis cautelis contraxit; Cum in hoc dolus praesumatur.

His quatuordecim casibus exceptis, existimarem regulā superius defensam, quod quisque possessor in bona fide esse praesumatur, validam, firmam ac generalem esse arbitror, quanquam ex praedictis quatuordecim causis non sint nullae quae dubitationem adhuc aliquam habeant.

RESOLVTIO THESIS Septima.

HIs ita expeditis solum restare videtur vt de fine & effectu vsucapionis dicamus. Finis consistit in bono publico *l. 1. Digest. de vsurpat. & vsucap.* quod in eo consistit vt tollatur dominiorum incertitudo quae parere solet rerum ipsarum culturae neglectum; Deinde vt tollatur litium immortalitas *l. vlt. ff. pro suo.* Nec possessores rerum metu amittendarum rerum semper torquerentur. *l. 7. C. de praescript. 30. vel 40. annor.* Hinc scilicet deducit noster Author, vsucapionem esse aequitati naturali per omnia consentaneam. Verum ab hac sententia aperte dissentio & vsucapionem aequitati naturali plane contrariam esse statuo: Idque propterea, quia quodcunq; reddit aliquem locupletiorem cū alterius damno suumque alteri inuito aufert, illud est contra naturalem aequitatem: quandoquidem naturalis aequitas prohibet domino inuito suum auferri *l. ius nostrum 11. ff. de Reg. iur.* & aequitati naturali nil quicquam magis contrarium esse, quam locupletari cum alterius damno & iactura, ICtus asserit *in l. 206. de R. Iur. l. 2. de his qui sui.* Atqui vsucapio inuito Domino suum adimit & locupletiorem reddit vsucapientem seu possidentem, cum prioris domini iactura, vt in propatulo est.

Quae. 47. *An vsucapio aequitati naturali sit cōsentanea?*

Quare hinc manifestum est vsucapionem naturali aequitati contrariam esse.

Et quanquam dissentientes respondeant assumptionem negando, propterea quod licet vsucapio vsucapientem locupletiorem reddat, id tamen faciat sine iniuria & damno alterius. Tum quod is, qui patitur rem suam vsucapi, videatur consentire arg. *l. alienationis. de verb. signif.* vbi dicitur eum videri alienare, qui rem suam vsucapi patiatur: Tum quod damnum quod ille sentiat, non sentire intelligatur, vt quod sua culpa sentiat *l. 203. de R. Iur.* Veruntamen quod dominus non intelligatur damnum sentire, itemque quod videatur consentire vsucapienti, id tantum ex iuris ciuilis fictione descēdit, cum veritate ipsa inspecta damnum vtique sentiat, nec vsucapienti vlla ratione consentiat. Ideoque isthaec fictio facit, vt vsucapio ciuiliter aequa sit, & iuris ciuilis aequitati consentanea, non etiam, vt cum aequitate naturali consentiat.

Sic etiam non obstat, quod respondet.

ſpondet Gilckenus, *in d.l. 206. de Reg. Iur.* non hoc ſolum dici, quod ſit contra naturalem æquitatem locupletari cum alterius detrimento, ſed addi *& iniuria*; proinde licet vſucapiens reddatur locupletior cum iactura & detrimento domini, tamen non cum illius iniuria locupletior fiat argum. *l. nemo. 145. de R. Iur.* vſucapionem iuri naturali contrariam non eſſe.

Reſp. Nam quod vſucapiens locupletetur cum iniuria domini inde patet, quod ſatis iniurioſum ſit rem ſuam alicui auferre & damnum proximo inferre: quod autem iure ſuo vti videtur, dum per longum tempus poſſidendo ſibi dominium acquirit, & proximo adimit, id ſane non de naturali iure eiuſue ratione aut æquitate, ſed iure ſolum & æquitate ciuili intelligendum eſt. Rurſus non aduerſatur, quod aiunt nullam fieri iniuriam domino, vt qui hoc ipſo, quod tanto tempore res ſuas negligit conſentire in alienationem videatur, & quod dominus ſua culpa omne damnum ſentiat, & ideo ſentire non videatur.

℞. Nam & hoc ex iuris ciuilis fictione deſcendit, facitque quod iure ciuili inſpecto, nulla iniuria inferri domino videatur: Non autem efficit, quod idem etiam de iure naturali intelligi debeat.

Non obſtat primo, quod naturali æquitati ſit conueniens, voluntatem domini volentis rem ſuam in alium transferri, ratam haberi, *§. per traditionem. Inſt. de Rer. diuiſ.* Id vero quod rem ſuam patiatur tanto tempore poſſideri videatur conſentire in alienationem & velle rem ſuam poſſidenti acquiri *l. alienationis. de verb. ſign.*

Reſp. Huic enim iam ſupra ſatisfactum fuit, vbi dicebatur quod dominus videtur alienare ſeu conſentire in alienationem, quando rem ſuam vſucapi patitur, id ex iuris duntaxat ciuilis fictione deſcendere, ad ius vero naturale nihil ſpectare. Deinde non ſemper præſumi poteſt de domino cuius res vſucapitur, quod conſentiat, cum vſucapio etiam aduerſus abſentem ex iuſta cauſa, itemque aduerſus eum, qui res ſuas eſſe, quæ ab alio poſſidentur, iuſte ignorat:, procedat *tot. tit. Digeſt. ex quibus cauſis maior.* Ecquis vero diceret hos conſentire videri? vt taceam quod qui tacet non ſemper præſumatur conſentire, certe non tunc quando de præiudicio eius & damno tractatur: Quocirca deficiente hic omni etiam præſumpta voluntate domini, ſtatuit Donellus *5. comm. 2.* vſucapionem eſſe quidem alienationem, ſed quæ ex iuſta cauſa & bono publico inuito domino contingat.

Non refragatur præterea, quod æquitati naturali ſit conſentaneum negligentes deteriori iure eſſe quam induſtrios & laborioſos *l. 24. in fin. quæ in fraud. creditor.*

℞. Æquum enim eſt meliorem eſſe cōditionē laborioſorum quam negligētiū, ſed tamen ita ſi id cōtingat ſine iactura & detrimento proximi. *arg. d. l. 206.* Sic etiam non aduerſatur, quod æquum ſit negligentem propter culpam in rebus propriis ita puniri vt poſt longum tempus, quo res ſuas neglexit, eas amittat.

Reſp. Hoc enim vel maxime cum æquitate naturali pugnat, quia domini voluntas in re propria rata habetur *§. per traditionem. Inſt. de rer. diuiſ.* & qua libera facultas de re ſua ſtatuendi etiam diſponendi dominis conceditur *l. in re. mandata. Cod. mandati.* Præterea quid obſecro culpæ imputari poteſt ei, qui eo tempore, intra quod res ſua ab

alio possidetur, abest ex iusta causa, vel etiam illi, qui iuste ignorat res illas, quæ ab alio tenentur esse suas? Contra quos tamen vsucapionem currere certissimum est.

Insuper non impedit, quod omne ius sit ars æqui & boni *l. 1. ff. de iustit. & iure.* Proinde etiam ius vsucapionis: Quodque in omnibus, maxime vero in iure, æquitas sit spectanda *l. 90. de Reg. iur. l. 8. C. de iudic.* proinde etiam in vsucapione. Item quod in Iure quoque Canonico vsucapio approbetur, *tot. tit. de praescript.* ius vero Canonicum æquitatis rationem perpetuo habeat, *cap. 1. extra, de pact. cap. dilecti, de iudic.*

Quod insuper in dotis causa rem omnem ex æquo & bono moderari conueniat, *l. 1. Digest. de iure dot.* & tamen ipsa quoque dos vsucapioni subiaceat. *l. in reb. C. de iure dot.*

Resp. Sciendum quippe est duplicem, naturalem & ciuilem *l. 1. §. 1. Digest. si is qui test. l. 31. ff. depos. l. 1. ff. de pact.* Illam tueri suum cuique priuato; hanc vero bonum publicum: proinde vsucapionem æquitati quidem ciuili esse consentaneam, cum authore Gaio, bono publico introducta sit, *l. 1. ff. de vsurpat. & vsucap.* & hoc velle rationes modo adductas; Ab æquitate vero naturali penitus abhorrere, vt argumentum pro nostra sententia supra adductum, liquido probare videtur.

Nec hanc solutionem euertit, quod hic dissentientes regerunt, naturalem æquitatem spectare commodum publicum, proinde vsucapionem, bono publico introductam etiam naturali æquitati consentaneam esse.

Respon. Etenim æquitas naturalis non semper tuetur bonum publicum contra priuatam vtilitatem, sed interdum priuatam contra publicam, cuius rei exemplum manifestissimum extat, *in d. l. 31. ff. depos.* vbi naturalis æquitas præcipiebat bona damnati, apud alium deposita, reddi damnato, quia ea deposuerat, non vero in publicum deferri: At vero æquitas ciuilis iubebat ea publicari & in fiscum referri: Verba Triphonii ICti *in d. l. 31.* hæc sunt: *Si tantum naturale & gentium ius intuemur, ei qui dedit, restituenda sunt, si ciuile ius & LL. ordinem, magis in publicum deferenda sunt.* Pari itaq; ratione etiam hic ius naturale tuetur priuatum, prohibetque illi suum auferri; ius vero ciuile publicam vtilitatem propugnat. Illud etiam maxime dignum consideratione iudico, quod ICtus fundamentum vsucapionis in sola ratione ciuili, bono nempe publico constituat, *l. 1. de vsurp.* Idemque faciat Imperator *in pr. Inst. eod.*

Quæstio hæc quoque anceps est & dubia an, parte aduersa de longissimi temporis præscriptione nihil opponente, iudex, vbi de ea ex actis ipsi constiterit, ex officio eam supplere possit? Quæ. 48. *An iudex, parte nihil de præscriptione opponente, eam ex officio possit supplere?*

Et multi statuunt iudicem non posse ex officio actorem repellere contra quem est piæ scriptum si de præscriptione reus conuentus nihil opposuerit. Et ita statuunt post Guidon. Pap. *decis. 221.* Gloss. Salycet. & Bald. *in l. sicut. versic. facultatem. C. de praescript. 30. vel 40. annor. decis. 344.*

Nititur autem hæc sententia ista ratione quod actio per præscriptionē non tollatur ipso iure, sed extinguatur solum ope exceptionis quam vtique à reo opponi oportet, nec omissam supplere potest iudex *tot. tit. I. & Dig. de except.*

Cæterum contraria sententia, quod iudex ex officio supplere præscriptionē si reus nihil de ea opponat, ex actis vero euidenter de illa constet, communiori Dd. calculo est approbata, eamque sequuntur Iohannes Zangerus *in tractat. de exceptionibus part. 3. in proœm. num. 13. & cap. vlt. num. 19.* Mynsing. *obseruat. 28. cent. 3.*

Pro

Pro ea facit quod præscriptio ipso iure obligationem & actionem tollat atque extinguat nec opus sit vlla exceptione; id quod dilucide probatur per textum *in l. sicut. Cod. de præscript. 30. vel 40. annor.* in verb. *Vlterius videndi habeat potestatem.* & in verb. finalib. *Nulli mouendi vlterius facultatem.* Item per textum *in l. 1. §. 1.* in verb. *Nec vlterius cuiusque personalis actionis vitam longiorem esse 30. annis. C. de annal. except.*

Et hac sententia in Camera Imperiali receptam esse, testis est Mynsing *d. obseruat. 28.*

Eandemque Elector Augustus suum intra territorium obseruari voluit *const. 25. part. 1.* verba eius hæc sunt: Hierinnen ist man auch einig / vngeachtet daß diese quæstion weitläufftig disputiret wird / daß die præscriptio, da sie manifeste bewiesen / oder der Richter dessen auß den Acten gewiß seyn könte / erkant vnd ex officio suppliret werde / wann gleich die Partheyen sich in den Acten darauff nicht gezogen / darbey wir es bleiben lassen.

Etsi autem quæstio sit controuersa an de iure Saxonico iudex teneatur, ex officio supplere non allegatam à reo præscriptionem, an vero in arbitrio iudicis id sit positum & posterius hoc rubrica *p. constit. vt 25.* comprobare videbatur dum ibi dicitur kennen / ex officio erkennen / vt ita constitutio Electoralis de eo saltem loqui videretur quid iudex posset facere teneretur. Contraria tamen sententia verbis ipsius constitutionis conuenientior videtur; Non enim dicit daß sie erkant werden mögen / sed man ist deß eynig daß sie erkant & ex officio suppliret werde / qua forma loquendi Germani solent vti cum significare volunt, quid habita deliberatione conclusum sit vt fiat, Daniel Mollerus *in constitu. 25. d. part. 1.*

Quæ. 49. Per vsucapionem porro plenum & verum acquiri dominium possidenti non puto quenquam esse qui iure dubitare possit, cum hoc non vno in loco iuris nostri diserte sit expressum: Nam *in princip. I. de vsucap.* innuitur & collocatio etiam tituli istius satis euidenter ostendit quod vsucapio sit modus acquirendi & transferendi dominium. Deinde *in l. 3. ff. eod. tit.* definitur vsucapio quod sit adiectio dominii. Ad hæc *in l. 20. Cod. de pact.* traditionibus & vsucapionibus rerum dominia transferri aperte dicuntur. Denique quod sit species veræ alienationis profitetur ICtus *in l. 28. ff. de verbor. significat.* Nec est quod quis ad hosce textus respondeat improprium saltem dominium per vsucapionem transferri: Nam hoc diuinatorium est, nec ratione valida comprobari potest: Deinde pro significatione verborum propria præsumitur, vsque dum improprietas eorundem aperte demonstretur *l. Non aliter. ff. de legat. 3.* Vt taceam quod ista distinctio inter dominium proprium & improprium nullibi in iure nostro sit fundata. Qua igitur facultate adstruitur, eadem reiicitur. *An per vsucapionem plenũ acquiratur dominium?*

Quæ. 50. Sed vtrum dominium ex præscriptione alicui quæsitum, à principe rursus inuito & sine causa auferri possit? haut iniuria dubitatur: pro affirmatiua quippe sententia ista militat ratio quod vsucapio sit mere iuris ciuilis; & ideo acquisitio etiam dominii eiusdem iuris esse censeri debeat: princeps porro legibus ciuilibus minime sit adstrictus, sed iis dominatur ac præsit; ita vt etiam sua in manu habeat easdem abrogare ac mutare, Et proinde dominium, harum ciuilium legum fundamento subnixum, itidem auferre queat, nulla etiam speciali præcedente causa. *An dominium per præscriptionem quæsitum à principe rursus auferri possit?*

Sed etsi ratio hæc prima fronte admodum speciosa appareat, magis tamen cum Treutlero contrariam in sententiam inclino:

1. Primo enim naturale eſt præceptum ac principium, ſuum cuique eſſe tribuendum §.3.*I.de Iuſtic.& Iur.* cui ſane præcepto naturali princeps non minus atque priuatus eſt ſubiectus. Iam vero huic præcepto plane contrariũ eſt, abſque vlla cauſa ſuum priuato auferri: probe autem obſeruandum eſt generale eſſe præceptum iſtud & indiſtinctè loqui de re noſtra ex quacunq; tandem cauſa noſtra ſit, ſiue ex cauſa naturali, ſiue ciuili.

2. Adhæc *in l. Id quod noſtrum. ff. de Reg. Iur.* generaliter dicitur, id quod noſtrum eſt nobis inuitis auferri non poſſe: Et quanquam diſſentientes illam regulam ad priuatos reſtringere conentur, nec illam ad principem porrigi poſſe exiſtiment, nullum tamen limitationis huius fundamentum habent; Et præterea nititur iſta regula ratione ac fundamento naturali, contra quod princeps nihil facere poteſt.

3. *In §. per traditionem I. de Rer. diuiſ.* ait Iuſtinianus Imperator, voluntatem domini volentis rem ſuã in alium transferre ratam haberi: Requirit ſc. ad dominiorum ac rerum translationem voluntatem domini rem ſuam in alium transferre volentis: Ipſi proinde inuito nihil auferri poteſt. Et obſeruandum quod dicit voluntatem domini adhiberi naturali æquitati conueniens eſſe. Contra quam naturalem æquitatem non poteſt princeps venire rem domino inuito auferendo.

Non obſtat ratio in contrarium adducta quod vſucapio ſit iuris ciuilis & ideo etiam in conſequens adquiſitio exinde deſcendens: Hoc enim conſiderandum eſt quod retentio ſit iuris naturalis, quamuis adquiſitio ſit iuris ciuilis: Retentionem rei iure ciuili alicui acquiſitæ eſſe iuris naturalis, ex rationibus ſupra adductis relucet.

Lit. C. Ad effectum porro vſucapionis & hoc ab authore noſtro refertur quod pariat exceptionem litis finitæ, hoc eſt, talem exceptionem quæ non ſolum actionem perimat & litem finiat, ſed etiam quæ litis ingreſſum ſiue litis conteſtationem impediat.

Sed hoc prorſus contrarium eſſe videtur ei, quod ſub *quæſt* 48. ſupra dicebatur, quod idcirco iudex omiſſam à parte præſcriptionem ex actis poſſit ſupplere, quia hic præſcriptionis ſit effectus vt actionem prius competentem ipſo iure extinguat & tollat, id quod etiam ſtatim in ſequenti *Lit. D. ſubiicit.* Niſi fortaſſis hoc loco Treutlerus noſter non de obligationũ & actionũ, ſed de rerum cæterarum vſucapione ac præſcriptione loquitur, id ꝙ etiam dicendum videtur.

Vſucapionem præterea extinguere obligationes & actiones è medio tollere ſupra eſt dictum & probat *l. 3. & 4. & tot. tit. C. de 30. vel 40. annor. præſcript.* Et quod non demum mediante exceptione, ſed ipſo iure id fiat dilucide à nobis demonſtratum eſt in reſolutione *quæſt. 48. ex l. ſicut. C. de præſcript. 30. vel 40. annor. & l. 1. §. 1. C de annal. except.* Lit. D.

Effectus porro etiam hic vſucapioni tribuitur quod iuſtum inducit titulum *cap. de quanta. extr. de præſcript.* Et ſane negari hoc non poteſt cum euidentiſſime vſucapio inter legitimos acquirendi dominii modos referatur, *pr. I. de vſucap. l. 1. & tot. tit. ff. eod.* Lit. E.

Contraria vſucapioni eſt interruptio ſiue interpellatio, ſiue vſurpatio: huius quippe effectus hic eſt vt vſucapio prius inchoata prorſus in nihilum redigatur, & ab initio rurſus ſit inchoanda. Lit. F.

Naturaliter interrumpitur vſucapio, cum quis de poſſeſſione vi deiicitur vel alicui res eripitur, nec eo caſu quicquam intereſſe, is qui vſurpauerit, dominus ſit necne, inquit ICtus *in l. Naturaliter. ff. de vſurpat. & vſucap.* Hiſce autem modis naturaliter interrumpi vſucapio dicitur, quia

quia iisdem modis possessio naturaliter amittitur: Naturaliter autem ideo amittitur possessio, quia vere & eo modo, quo natura rei postulat, amittitur, est quippe res in detinendo posita, ideo facultate tenendi amissa & possessionem amitti necesse est: sic & natura est vsucapionis vt sine possessione nec ab initio consistat, nec cum cœperit procedat *l. fine. ff. de vsucap l. denique. ff. quib. ex cau∫. maior.* Vnde possessione amissa, secundum naturam rei euenit, vt vsucapio, interrumpitur. Cæterum non modo prædictis duobus modis interruptio vsucapionis contingit; sed & aliis modis vt captiuitate vsucapientis *l. cum heredes. §. 1. l. qui vniuersas. §. item quod mari. ff. de acquir. poss. l. si is, qui pro emptore. ff. de vsucap. l. denique. ff. ex quibus caus. maior.* Item locatione, oppignoratione ipsi domino ignoranter à possessore facta *l. Ei à quo l. Non solum. §. si rem, ff. de vsucap.*

Neque assertioni huic quidquam refragatur quod Caius *in d. l. Naturaliter.* duos solum recenset modos, quibus naturaliter interrumpatur possessio: Etenim propositum ICto non fuit ostendere ac definire quomodo aut quando possessio naturaliter interrumpatur, sed sequentia ostendunt propositum ei fuisse docere his duobus modis quis sit effectus interruptionis, cum interruptio non facto possessoris aut sua sponte eueniat, sed ex alieno facto & magna iniuria nascatur.

Dixi huius interruptionis hunc esse effectum vt possessio interrupta nunquam possessori prosit ad vsucapionem quamuis recuperata postea possessione per statutum tempus possederit si ei præcedentia tempora numerarentur *l. 2. C. de præscript. longi temp.* Cui consequens est vt si postea, recuperata possessione, rem vsucapere velit, tempus vsucapionis ex die recuperatæ possessionis numerari debeat, nec quicquā illi prosit tempus antecedens interruptionem, quo rem eandem possedit; Sed & bonæ fidei possessionem recuperare debet, quia, vt supra ostensum fuit, ad initium cuiusque possessionis bonam fidem desiderari expeditum est. De Ciuili interruptione quomodo fiat & quinam illius sit effectus, supra fuse & prolixe admodum dictum est.

Finis Disputationis Vigesimæ Secundæ

VOLV-



VOLVMINIS POSTERIORIS DISPVTATIONIS VIGESIMÆ TERTIÆ,

De

Re Iudicata.

QVAESTIO I.



VOLVMINIS POSTERIORIS DISPVTATIONIS VIGESIMÆ TERTIÆ.

De Re Iudicata.

Resolutio.

THESIS I.

RES iudicata, definiente Modestino, *in l. 1. ff. de re iudicat.* Res iudicata est, quæ finem controuersiarum pronunciatione iudicis accipit. Cæterum nomen rei iudicatæ ambiguam habet significationem, prout Duarenus notat *ad d. l.* t. Nam res iudicata interdum dicitur, quando à sententia iudicis appellatum est, aut appellari potest, vt *in l. Litigatoribus*, C. *de appellat.* vbi dicitur, *litigatoribus licet appellare illico viua voce, cum res poposcerit iudicata.* Deinde & quidem magis proprie res iudicata dicitur, cum à sententia elapsum est decennium, ita vt amplius à sententia appellari nequeat, quoniam tunc vel maxime finem accepit controuersiarum, quandoquidem super re ista nulla amplius moueri potest controuersia, neque sententia in dubium reuocari, sicut tunc, quando sententia vel suspensa est per appellationem, vel suspendi potest.

Atque hoc posteriori significatu accipitur, cum sententia dicitur transire in rem iudicatam. *cap. quod ad consultationem. de Re Iudicat.* In præsenti vero loco & *in titulo Digest. de re iudicata.*

Res iudicata in priori significatione sumitur, ita vt res iudicata differat à sententia, vt effectus differt à sua causa & illud sit ipsum, quod finem controuersiarum sententia iudicis accepit.

Rem porro iudicatam diximus eam quæ finem controuersiarum sententia iudicis accipit: Hinc quæritur, anne pronunciatio arbitri compromissarii proprie sit sententia appellanda? Quæst. 1. *An pronunciatio arbitri sit proprie sententia, & res iudicata dici possit?*

Equidem pro affirmatiua sententia producunt textum *in l. 1. ff de recept. qui arbitrium receperunt*, vbi dicitur compromissum ad similitudinem iudiciorum redigi. Vnde sequitur, quod sicut pronunciatio iudicis in iudicio facta sententia

tia proprie dicitur, ita quoque in compromisso pronunciatio arbitri.

2. Deinde expressi sunt textus, in quibus pronunciatio arbitri dicitur sententia, vt *in l. penult. §. fin autem. C. de recept. arbitr. l. 2. ff. à quib. appellare non licet. l. 1. C. de recept. l. 27. §. 2. ff. de Recept. qui arbitr. recep.*

3. Adhæc definitio rei iudicatæ videtur exacte & per omnia competere arbitri pronunciationi: Nam & hac finis controuersiis imponitur, & ita quidem vt illi standum sit, siue æqua fuerit; siue iniqua *l. 76. ff pro socio.* Esse autem pronunciationem iudicis intelligitur ex eo, quod compromissum similitudinem iudiciorum habet *d. l. 1. ff. de recept.*

Cæterum quod pronunciatio arbitri compromissarii, non sit proprie sententia, nec rei iudicatæ appellatione veniat, verius est.

Nam primo ex re iudicata nascitur rei iudicatæ exceptio, *tot. tit. ff. de except. rei iudicat.* At ex arbitri compromissarii pronunciatione non nasci exceptionem rei iudicatæ ait Vlpianus *in l. 2. ff. de recept. qui arbitr.*

2. Deinde vt res sit iudicata requiritur pronunciatio iudicis *d. l. 1. ff. de recept. qui arbitr. receper.* At arbiter compromissarius nuspiam iudex vocatur.

Nec obstat *l. 1. ff. qui arbitr. receperunt.* Ea siquidem lex diligentius considerata nostram potius sententiam comprobat: non enim dicit compromissum redactum esse ad similitudinem iudiciorum. Ex quo sequitur, quod compromissum non sit iudicium, sed iudicii duntaxat similitudinem habeat.

Quin etiam nec in omnibus similitudinem habet iudiciorum, sed in quibusdam à iudiciis differt: Nam à sententia iudicis appellare non licet, *tot. tit ff. Cod. de appellat.* ab arbitri vero pronunciatione non licet appellare *l. 1. Codic. de arbitr.* Coram arbitro compromissario non est cautio præstanda deque prosequenda lite deque restituendis expensis, quomodo præstatur coram iudice, *Nouell. 112. de litigosis.* hoc est ex pronunciatione per compromissum reddita, non nascitur exceptio rei iudicatæ, quæ tamen nascitur ex sententia iudicis *d. l. 2. Digest de recept.*

Conueniunt autem & similitudinem habent iudicium & promissum quoad recitationem & libelli oblationem, quoad productionem testium dandasque dilationes, & denique quoad pronunciationem & eius effectum; sicut enim iudicis sententia finit litem; Ita etiam pronunciatio arbitri, quam iudicis, quod huic sit præcise standum, siue æqua fuerit, siue iniqua, *d. l. 76. ff. pro socio.* ab illa vero, si iniqua apparuerit, appellare liceat.

Quocirca ex *d. l. 1. ff. de recept.* male infertur hoc modo: Compromissum simile est iudicio: Ergo pronunciatio arbitri proprie est sententia & res iudicata.

Ad *secundum* prioris sententiæ argumentum respondeo: Sententiam in iure dupliciter sumi, late & stricte; In latiori significatione, quamuis denotare hominis de aliqua re opinionem, adeoque eo modo arbitrium quoque sententiam appellari: In stricta vero significatione sententiam dici pronunciationem iudicis.

Hoc vero probari præcedentibus rationibus, quibus euicimus quod arbitri compromissarii pronunciatio proprie non sit res iudicata, nec sententia.

Denique quod arbitri pronunciatio non proprie sit sententia, euincit *l. 13. §. 5. Digest. de his, qui not. infam.*

Ad *postremum* respondetur, etsi concederetur arbitrium arbitri compromissarii vim & effectum habere sententiæ, ex eo tamen colligi non posset, quod reuera & proprie esset sententia, quandoquidem multa conueniunt in effectu, quæ tamen quoad essentiam & quoad adiuncta plurimum differunt. Deinde nec quoad effectum conueniunt, quoniam effectum arbitrii hanc esse diximus, quod finit litem, & ita quidem finit, vt nec per appellationem rescindi, nec semel sopita resuscitari queat, quod secus esse in sententia, priusquam in rem iudicatam transiit, satis constat.

Sententia duplex est, interlocutoria & definitiua. Interlocutoria dicitur, quam iudex dum principale negotium in pendenti est de incidente aliquo fert articulo. Et quidem incidens quæstio quæ cum principali connexa non est, separatim à iudice cognoscenda & decidenda est, vt probat *l. penult. Digest. de Noxal. act. l. 39. Digest. de minorib. l. 5. §. 8. ff. de lib. agnoscend. l. 2. Codic. de ordin. iud.*

Sed quando iudex de incidente quæstione pronunciare debeat quæritur? Et quidem si incidens quæstio talis sit, quæ merita quidẽ causæ respiciat, sed tamen ad impediendum processum obiiciatur, iudex de ea pronunciare debet, priusquam de principali pronuncietur *l. intra vtile. Digest. de minorib. l. 3. Digest. de praeuaricator.*

Quod si vero quæstio incidens sit emergens, vt an dilatio sit concedenda? an procurator sit idoneus? an libellus sit ineptus? Et similia, quæ merita causæ plane non respiciunt, iudicem ante principalis quæstionis decisionem pronunciare oportet *l. à procedente. Codic. de dilat.* Et sufficit tacite iudicem pronunciasse, quando scilicet ad vlteriora progredi iubet.

Postremo si quæstio incidens ipsius causæ merita respicit, vt si quæratur, an aliquis sit filius vel liber, in eum finem vt hereditatem consequi vel non consequi possit, non opus habet iudex nominatim de ea pronunciare, *l. 1. Codic. de ordin. iudic. l. 3. Codic. de ordin. cognit. cap. 1. extr. eod. tit.*

Cæterum an idem iudex qui de principali quæstione cognouit, possit etiam de incidenti cognoscere? *in disp. 12. thes. 13. quæst. 48. volum. prior.* fuse tractatum fuit, quo nunc breuitatis causa me refero.

Quæst. 2. *An iudex possit sententiam interlocutoriam reuocare?*

Quæstio hæc insignis est, anne iudex possit sententiam interlocutoriam reuocare? Et quidem pro Affirmatiua sententia hæc argumenta militare videntur.

1. Ratio quæ facit quo minus definitiua sententia reuocari queat deficit in sententia interlocutoria: idcirco enim iudex nequit sententiam definitiuam à se latam reuocare, quia hanc postquam tulit, functus est officio suo & desiit esse *l. iudex postquam Digest. de re iudicat.*

At vero sententia interlocutoria lata, manet iudex, id quod expeditum & euidens est.

Cessante igitur prohibitionis ratione in sententia interlocutoria cessat etiam prohibitio. *cap. cum cessante prin. extr. de appellat.*

2. Confirmatur eadem hæc sententia per textum *in l. 14. ff. de re iudicat.* vbi diserte scribit Celsus: *Quod iussit vetuitue prætor, contrario imperio tollere & repetere licet. De sententiis contra.* Hic apertè ICtus constituit differentiam inter iussum vel prohibitionem definitiuam sententiam antecedentem, hoc est, inter sententiam & definitiuam; ita vt illam possit reuocare ac mutare iudex; hanc vero nõ item.

3. Insuper hanc eandem sententiã corroborat quoq; textus *in d. c. Cum cessante. extr. de appell.* vbi aperte proponitur iudicem

reuocasse interlocutoriam: ita quippe Pontifex. *Statuimus, vt siue iudex ordinarius, siue delegatus aliquid comminando vel interloquendo protulerit, quae executioni de mandato, alter litigantium grauaetur, & sano vsus consilio ab huiusmodi interlocutionis vel comminationis affectu destiterit, libere in causa cognitione procedat, non obstante si à tali comminatione vel interlocutione fuerit appellatum, dummodo non sit ex alia causa legitima suspectus: Ne processus negotii friuolis occasionibus retardetur.*

4. Confirmatur hæc eadem sententia etiã textu *l.19. ff. de recept. qui arbitr. recept.* vbi arbiter compromissarius iubetur iniquum arbitrium rescindere. verba Pauli ICti hæc sunt: *Vnde videndum erit, an mutare sententiam possit, & alias quidem est agitatum: si arbiter iussit dari; mox vetuit, an eo quod iussit, an eo, quod vetuit stari debeat: Et Sabinus quidem putauit posse, Cassius sententiam magistri sui bene excusat & ait, Sabinum non de ea sensisse sententia, quæ arbitrium finiat; sed de præparatione causæ: vtputa si iussit litigatores calendis adesse, mox Idibus iubeat: Nam mutare eum diem posse. Cæterum si condemnauit vel absoluit, dum arbiter esse desieit, mutare sententiam nõ posse.* Hic quoque accurate distinguitur, quod præsens negotium, inter definitiuam & interlocutoriam, vt hæc mutari possit: Illa non possit.

5. Idem vlterius confirmat *l.16. ff. de oper. nou. nuntiat.* in qua Vlpianus *Si opus,* inquit, *nouum prætor iusserit nuntiare, deinde prohibuit, ex priore nuntiatione agi nõ potest, quasi aduersus dictum eius factum sit.*

6. Denique eodem facere videtur *l.13. §.6. ff. de his qui not. infam.* Nam & illic ostendit Vlpianus ac docet inter sententiam definitiuam & interlocutoriã plurimum interesse: Etsi proinde definitiua nunquam possit à iudice reuocari, interlocutoria tamen reuocari poterit.

Cæterum contraria sententia, quod nec interlocutoria sententia possit reuocari, arridet Treutlero nostro post Donel. & Duaren. *in d. l.14. ff. de Re iudicat.* Vaud. *l.1. quæst.49.* Iacob. Cuiac. *in paratitl. C. de sentent.* Mouentur hisce argumẽtis.

1. In *l.14. ff. de re iudic.* ICtus aperte distinguit inter ea, quæ prætor pro maiestate & imperio suo, nulla adhibita causæ cognitione decernit iubendo aut vetando aliquid, & inter sententias: Illa mutari ac reuocari posse ostendit, has vero non item. Et quod notandum, de sententiis loquitur in genere, nec quicquam distinguit inter definitiuam & interlocutoriam.

2. Deinde eandem opinionem confirmat Iohannes Vaudus hoc etiam ratione, quod iudicem interloqui, nisi causa cognita, non oporteat: Adeo vt interlocutio, quam causæ cognitio non præcessit, auctoritatem iudicati non sit habitura *l. à procedente C. de dilat. l. Ex stipulatione. C. de sent. & interlocut.* Inciuile autem foret, quod semel iudex, causa cognita, cõstituerit, quod cognoscens decreuerit ex integro in discrimen peti atque illusoriam cognoscentis & auctoritatem & iurisdictionem fieri.

3. Huc præterea facere videtur *l.27. ff. de pœn.* vbi Callistratus hæc in verba scribit: *Diui fratres Harrontio Siloni rescripserunt: Non solere præsides prouinciarum ea, quæ pronuntiarunt, ipsos rescindere. Vetina quoque Italicensi rescripserunt, suam mutare sententiam neminem posse idque insolitum esse fieri si tamen de se quis mentitus fuerit, vel cum non haberet probationum instrumenta, quæ postea reperit, pœna afflictus sit: Nonnulla extant principalia rescripta, quibus vel pœna illorum minuta est, vel in integrum restitut e concessa, sed id duntaxat à principibus fieri potest.* Sententia proinde in genere reuocari & rescindi prohibetur. Nec huic sententiæ multum refragari videntur quæ supra in contrarium adducta sunt.

Nam, quod ad primum respondendũ est, committi fallaciam causæ. Non enim

so um idcirco iudex definitiuam reuocare & retractare prohibetur, quia functus sit officio suo desinatque esse iudex postquam sententiam tulit, hæc siquidem ratio in delegatis, seu datis duntaxat iudicibus, non etiam in ordinariis locum sibi vindicant: cum iuris sit certi & explorati, quod ordinarius iudex ferédo sententiam non desinat esse iudex Duaren. *ad l.14. Digest. de re iudicat.* Sed & ista ratio definitiuam reuocari impedit, quæ supra secundo loco ex Vaudo fuit adducta. Addit insuper Donellus hanc rationem quod iudex sententiam proferat, causa cognita; quæ res faciat vt suspectum esse debeat quicquid postea cōstituerit: Si enim recte constituit, id mutare non debeat: Sin inique, ideo, quod postea dicit valere non oporteat, quia verisimile sit, eum qui de improbitate prioris iudicii aut impetitia sua fatetur, nihilo meliorem aut religiosiorem in posteriore sententia futurum.

Has autem posteriores duas rationes in sententia interlocutoria non minus atque in definitiua locum habere, negari non potest, cum sit manifestissimum.

Ad secundum ex *d. l.14. ff. de re iudicata.* petitum responsio patet ex inductione istius legis, pro nostra hac sententia facta.

Ad *l.19. ff. de recept.* respondet Vaudus; Arbitria ex comprom sso legem accipere, & tandiu arbitrum nihil videri egisse, nec censeri pronunciasse, quandiu litigatoribus non satisfecerit, hoc est non ita pronunciauerit vt initio actum est, & ideo integrum esse litigatoribus eum denuo, etiam reluctantem ad sententiæ dictionem per prætorem adigere.

Ad reliquas leges respondet Vaudus eas loqui de illis, quæ pro maiestate proque imperio Prætoris sine vlla adhibita cognitione causæ explicari solent, ac proinde vbi non decernit, vbi non cognoscit prætor, sed iubet & præcipit ibi iussus reuocari & tolli potest.

Hinc *in l.16. Digest. de oper nou. nunciat.* reuocatio valet, quia illic de operis noui nunciatione, quæ causæ cognitionem prætoris non desiderat *l. prætor ait. §. 1. & § ait prætor. & §. hoc interdictum prohibitorium. eod. tit.* agitur.

Sic & *in d. l.19. in fine. Digest. de recept.* in præparatione causæ permittitur arbitro, calendis adesse litigatores iussos, postea Idibus adesse iubere, quia ibi causæ cognitio non adhibetur, cum nihil sit, quo cognosci debeat.

Et hanc sententiam de iure ciuili verissimam esse nihil dubito. Cæterum cum hæc controuersia iure Canonico *in cap. cessante extr. de appell.* expresse sit decisa: ita vt interlocutoria sententia reuocari possit etsi ab illa appellatum fuerit; eaque sententia etiam vsu sit recepta; idcirco priori merito præferendam esse iudico. Matant. *in specul. sub rubric. decisoria iudicii*, Vdalricus Zasius *in d. l.14. Digest. de re iudicat.* Et ipse quoque Vaud. *in fine de quæst. 49.* fatetur expresse, iure canonico sententiam interlocutoriam reuocari posse.

Quod ipsum regulæ loco constituendum ac ponendum arbitratur Zasius, ita tamen vt ista regula sequentes decem habeat exceptiones, quibus reuocatio interlocutoria non admittatur.

1. Si interlocutoria mandata est executioni, quoniam non potest plus reuocari, re non integra, nisi de partium consensu *Gloss. in l.1. & ibi* Bartol. *ff. de prætor. stipulat.*

2. Si interlocutoria est geminata, vt si iudex sententiam interlocutoriam semel prolatam, imploratus reuocare, non reuocasset, sed geminasset: Tunc enim geminatam hanc interlocutoriam iudex volens reuocare non potest. Bartol. *in l. cum scimus. Cod. de agricol. & censit.*

tensit.l.Balista.Digest ad SC. Trebell. quia geminatio inducit inuictam voluntatem iudicis.

3. Si bis fuisset appellatum ab interlocutoria & semper fuisset interlocutoria confirmata, tunc enim non poterit amplius reuocari *Gloss. in Clement. fin. de appellat.*

Si concessa fuerit absolutio; hoc est si accusatus fuerat aliquis coram iudice in causa criminali & accusator aliqua ratione motus petit abolitionem concedi à iudice, & iudex concedit accusatori vt liceat ei abstinere, abolere crimen, ista interlocutoria abolitio reis reuocari non potest per iudicem, vt cesset ac tollat hanc abolitionem, quæ foret abolitio abolitionis *l.1.C.de abolit.*

5. Si interlocutoria esset lata de consensu partium, quia tunc iudex non reuocabit altera parte inuita, nisi ex iusta causa moueatur. *cap. significantibus. de appellat.*

6. Si interlocutoria simul fertur cum definitiua, quia talis interlocutoria, cum sit pars definitiuæ, vtpote lata cum definitiua, merito non reuocatur, sicut nec definitiua reuocatur. *Gloss. in l. qui agnitis.in verb.præcepto Digest.de except.* *Salicet.in l.2.Cod.de sent.* Alexander *in l. patris & filii.Digest.de vulgar. & pupill. substitut.* vt si iudex diceret, decerno hanc copiam esse fide dignam & simul condemno te vt soluas actorem; Vel si iudex diceret, decerno istos testes fuisse admittendos, & simul condemno reum actori.

7. Si interlocutoria confirmata est per principem, tunc enim per inferiorem iudicem non reuocatur Angelus *in l. Paulus.ff.de Re iudic.*

8. Si consuetudine loci aliud receptum est, videlicet quod interlocutoria reuocari non possit: Nam consuetudo forum & stylum regit *leg. Cum de interpretatione.ff.de legib.*

9. Si interlocutoria sit talis, per quam finiatur facultas iudicandi vel abnegetur; Vt si iudex delegatus pronuntiaret, se non esse iudicem competentem, vel iurisdictionem sibi non competere, vel remitteret causam ad delegantem, non reuocaretur ista interlocutoria, quia cum iste cesset esse iudex quomodo reuocare interlocutoriam iam priuatus? *cap.significantibus extr. de offic.delegat.l.ducere § fin.cum l.sequent.ff.de recept.*

10. Si interlocutoria sententia vim habet sententiæ definitiuæ: Vim autem definitiuæ sententiæ habere dicitur, quando per illam non definitur totaliter causa principalis, sed per indirectum tangitur articulus, qui ad definitiuam pertinet, sicut si pronunciatur aliquis esse minor natu & ei competere restitutionem in integrum *l. intra vtile.ff. de minoribus.*

His decem casibus à præfata regula exceptis, stat illa firma ac immota.

Cæterum an & quando à sententia interlocutoria appellari queat, infra *in disputat.de appellat.thes.5.* prolixe & quantum opus est, dicetur.

RESOLVTIO THESIS Secunda.

Sententiam definitiuam continere debere condemnationem vel absolutionem, certum & indubitatum est: definitiua enim ex eo appellitatur quod controuersiam seu litem definiat, finiat & terminet: At hoc alia ratione fieri non potest, quam vt reus vel absoluatur, vel condemnetur; Et hic est definitiuæ sententiæ finis præcipuus ac principalis ad quem vel vnice dirigitur. *l.1.ff.de re iudicat. l.3.& 4.eod.*

Sed

Quæst. 3. Vtrum verbo condemnationis & absolutionis præcise in sententia iudex vti debeat?

Sed vtrum verbo condemnationis vel absolutionis præcise vti debeat iudex in sententia, quæritur? Affirmat Glossa: Sed recte contra Zasius id negat ac statuit sufficere etiam verba æquipollentia seu equivalentia; Idque exemplis quibusdam, ex legibus depromptis, confirmat. Exemplum extat *in l. Ait prætor. ff. de Re iudicat.* vbi sufficit, si iudex dicat iubeo reum vt soluat, quæ debet ex testamento. Aliud deinde exemplum est in *l. in summa. ff eod. tit.* vbi valet sententia, cũ iudex dicit, soluat reus id quod petitũ est quæ verba sunt æquiualentia & idẽ valẽt quod verbum condemnationis. Aliud exemplum *in l. quid tamen. §. si arbiter. ff. de recept.* vbi sententia valet, cum iudex dicit, non video quod reus non sit obligatus actori. Quocirca sufficit in sentẽtia iudicem his verbis vti, ex quibus appareat, eum alterum condemnare, alterum absoluere. Duaren. *in l. 59. ff. de re iud.* Zasius *in d. l. 1. eod. tit.* Et hoc ipsum quoque confirmat Andr. Gailius *l. obseru. 2. n. 6.* vbi cum Bartol. *in l. 1. n. 4. ff. de re iud.* statuit & expresse scribit, sufficere si in sententia exprimatur verbum condemno vel æquipollens, aut si exprimatur certa qualitas expresse aut per relationẽ ad acta. Addit ibidem Gailius, pro regula obseruandum esse, quod quando lex vel statutum requirit aliquid expresse fieri, quod tunc verba generalia, ex quibus illud necessario infertur, sufficiant: Cæterum si lex vel statutum pro forma certam expressionem aut verborum tenorem exigat, tunc illam formam obseruandam esse, & non esse satis fieri aliquid per æquipollens & per viam intellectus. Felin. *in capit. translato. extr. de constitut.*

Illud certum est, quod vna sententia continens diuersa & separabilia capitula, absolutionem & condemnationem, diuersis in articulis, simul condemnare possit, perinde vt sententia, qua diuersa & separabilia continet capita, partim confirmari, partim reformari in appellationis iudicio valet *l. quadam mulier. ff. famil. hercisc. l. Etiamsi parte §. 1. ff. de minorib.* Bald. *in l. vnic. C. ne liceat in vna eademque causa* Bartol. *in l. 1. §. Libelli. ff. de appellat.* quoniam tot censentur esse sententiæ, quot sunt capitula & diuersæ species *l. in hoc iudicio.* & ibi glossa *in verb. non valere. ff. famil. hercisc.* Quemadmodum in stipulationibus quoque receptum, quia tot sunt stipulationes, quot sunt facta vel species *l. scire debemus. ff. de verbor. obligat.* Andr. Gail. *1. obseruat. 110.*

Quæst. 4. An actor abolitionẽ petens, ad expensas teneatur?

Dubium & illud est si actor abolitionem criminis & rei absolutionem à iudice petit, vtrumne in expensas teneatur?

Equidem Bartol. *in l. 1. pr. num. 12. Dig. ad SC. Turpill.* Abbas *in cap. finem litibus. extr. de dolo & contumacia.* Iason. *in l. properandum. in fine Cod. de iudic.* negant actorem in expensas condemnari. Contrarium vero duabus rationibus confirmat Bernhardus Gualtherus *lib. 2. miscell. c. 39* primo quod abolitio illi quoque conceditur, qui temere litigauit. *l. 2. C. de abolit.* Temere autem litigans in expensas condemnatur *l. Eum qui temere. ff. de iudic.* Deinde abolitio speciem habet renunciationis. Sed renuncians liti in expensas condemnatur, etiam si iustam litigandi causam habuerit Bald. *in l. postquam liti C. de transact.* Actor igitur, quãtumuis iustam litigandi causam habuerit abolitionem petens in expensas condemnatur. Quod tamen cũ Baldo Gualtherus limitat vt non procedat. 1. Si causa ob quam actor renunciat liti & abolitionẽ petat de nouo superueniat. 2. Aut si retro habuit actor iustam litigandi causam.

Quæst. 5. An victus victori non solum in expensas, sed etiam in damna condemnari debeat?

Sed hic quæstio suboritur intricata, anne victus victori non solum in expensas, sed etiam in damna condemnari debeat?

Affirmat

Affirmat hoc Bartol. *in l. 1. Digest. de alienat. iud. mut. caus.* Et pro ea sententia facit textus *in §. Hac autem. I. de pœn. tem. litigant.* vbi Iustinianus hoc modo scribit: *Et pro his introductum est & præfatum iusiurandum & ut improbus litigator & damnum & expensas litis inferre aduersario suo cogatur.* Quæ verba sane admodum perspicue significant quod victus victori non solum in expensas, sed etiam in damna condemnari debeat.

2. Accedit huic etiam textus *in l. 53. Digest. de Re iudicata.* vbi ICtus Hermogenianus ait: *Contumacia eorum, qui ius dicenti non obtemperant, litis damno coercetur.*

3. Quibus adstipulatur quoque Iustinianus *in l 15. Cod de iudic.* dum ait; contumaci omnem iudiciorum copiam claudi, nisi prius omnia damna restituat ex huiusmodi vitio aduersariis eius inflicta, siue circa ingressus litis, siue circa honoraria aduocatorum, vel alias causas, quæ in iudicio versantur, æstimatione iudicis quantitate eorum definienda.

4. Expeditum deinceps est & iuri ac æquitati per omnia consentaneum quod qui damnum alteri dat iniuria illud resarcire teneatur *tot. tit. Digest. & Institut. de L. Aquil.* Iam vero qui causam damni dat, damnum dedisse intelligitur, maxime quod animaduertit inde sequi posse *arg. L. qui occidit. Digest. ad L. Falcid. l. quoniam. Digest. de vi publica.* Hoc proinde damnum, cui victus causam præbuit, non aliter atque si illud ipse dedisset, resarcire cogitur.

Quocirca præter expensas litis victus victori ad damna quoque eorum, quæ propter litem neglexit, vt quia fortassis est artifex, resarcienda tenetur. Et ita quoque statuunt post Bartolum in loco supra allegato Matthæus Wesenb. Angel. Mynsinger; & Cuiac. ad *d. §. 1. I. de pœn. tem. litigant.* Cæterum Bernhardus Gualtherus est in contraria opinione ac statuit quod victus victori ad solas tantum litis expensas obstrictus teneatur, non etiam in damna & interesse, argumenta autem & fundamenta quibus nititur, hæc sunt.

1. In *l. Eum quem temere. ff. de iudic.* traditur, eum qui temere litigauit litis duntaxat impensas & sumptus itineris aduersario soluere debere. Ad solutionem igitur damnorum non tenetur.

2. In *l. Non ignorat. Cod. de fructib. & lit. expens.* dicitur: Eum, qui in lite succubuit post sumptus condemnationem pro æstimatione iudicis sustinere debere. Hic igitur cum nulla fiat damnorum mentio, consequens videtur, quod nec ad ea præstanda victus teneatur victori.

Nec contrarium existimat probari *d. §. 1. Inst. de pœn. tem. litigant.* Nam illic damnum ait non pro detrimento, sed pro condemnatione accipi posse; vt accipitur *in l. Aut damnum. Digest. de pœn.* vbi, damnum, inquit ICtus, cum infamia &c. Et *in l. Non potest. Digest. de furt.* dicitur; Non potest præses prouinciæ efficere vt furti damnum non sequatur infamia. Eodemque sensu Demipho Terentianus, damnum pro condemnatione nominare videtur. Quod ergo Iustinianus Imperator *in d. §. 1.* victum litis damnum aduersario inferre debere constituit, non de detrimentis aduersarii intelligendum est, sed de condemnatione litis. Quasi dicat Iustinianus, victum aduersario inferre debere & damnum litis, hoc est quanti in causa condemnatus est & ipsas quoque expensas: Tametsi & illud dici possit, damnum *in d. §. 1.* nihil aliud significare, quam expensas: Nam etsi in vulgari sermone aliud sint expensæ quam damna. *cap. in nostra. extr. de iniur.* Tamen in constitutionibus Imperatorum damna pro expensis quandoque accipi solent;

vt in l.13. Cod. de iudic. Iustinianus Imperator damna appellat ea, quæ circa ingressus litis, siue circa honoraria aduocatorum vel alias causas versantur; hæc autem nihil aliud sunt, quam expensæ: Quin etiam Iustinianus in ea l.13. quod primo damna appellat, id paulo post expensas nominat. Nec huic expositioni aduersatur quod in d. §. 1. damna & expensæ coniunctim ponuntur: Nam nouum non est vt duobus verbis idem dicatur.

3. His & ista ratio addi potest quod producens testes, illis impendia dare compellitur non etiam damna iisdem resarcire cogitur, quæ occasione testimonii, dum absunt domo, faciunt l. quod domus. 24. §. idem quis est. ff. mandat. l. final. Cod. de captiu. & postlim. reuers. l. fin. Cod de fructib. & lit. expens. l. si non remunerandi, Digest mandat. l. quoniam. & l. si quando. C. de testib. Idem igitur de victo quoque dicendum.

Verum enim vero contraria sententia priori loco recensita, verior est ac fortioribus nititur rationibus.

Etenim responsionibus Gualtheri textus in d. §. 1. fortissimus & admodum perspicuus non potest supra dicto modo eludi: Quid enim damnum, quotiens victo præstandum dicitur, significet, maxime quando expensis apponitur, ex d. l. 53. de re iudicat. l. 15. Cod. de iudic. satis & abunde relucet, vt proinde huiusmodi cauillationi locus esse nullo modo queat.

Ad primum igitur Gualtheri argumentum, ex d. l. Eum quem temere. Digest. de iudic. depromptum, respondeo, vnius inclusionem non protenus esse alterius exclusionem, & ideo vitiose ex ea lege hoc modo inferri victori sunt expensæ litis præstandæ; Ergo non etiam damna, quæ occasione litis fecit victor. Idemque etiam ad alterum argumentum ex d. l. non ignorat. Cod. de fruct. & lit. expens. petitum, respondendum videtur. Et tanto minus argumentum istud concludit quoniam in medio sunt alii expressi textus in quibus disertis verbis statuitur præter expensas etiam damna præstari oportere; E quibus locis defectus d. l. Eum quem. & d. l. Non ignorat. suppleri debet.

Minus vrget quod damna testibus non farciuntur: primo enim in adductis textibus nihil quicquam de eo dicitur. Deinde dispar ratio est victoris & testium quoad præsens negotium, cum producens testes nullam culpam contrahat, quod de improbo litigatore dici non potest. Et ideo ratio, supra quarto & postremo loco adducta, in testibus deficit, quæ maxime facit vt victori damnum resarciri oporteat. Gilcken. ad l. 13. §. 5. Cod. de iudic.

Illud tamen probe obseruandum est, quod hactenus dictum est, ad damna extrinseca hoc est ea damna, quæ non fiunt ratione litis; sed extrinsecus accidunt, vt quia dum victor fuit in foro, domi ei pecunia ablata est, extendi non oportere, propterea quia huiusmodi damnum non fit ratione litis, sed culpa alia, quia negligenter rem suam curauit ac custodiuit; Iohannes Schardus ad d. l. 13. C. de iudic. n 10.

Et hanc sententiam quod ad damna obligatus sit victus victori Iason. Zasius & Petr. Gilckenius in l. properandum. §. sin autem alterutra. Cod de iudic. Menoch. 2. arbitr. Iud. quæst. cap. 154. num. 4. Sichard. in d. l. 15. num. 10. Boerius decis. 210. num. 3. Mynsing. cent. 1. cap. 1. circa finem.

Vt porro sententia valeat & vim atque effectum habeat in primis requiritur vt is, qui eum pronunciauit, competens fuerit iudex, per textum in l. 5. C. de iurisdict. vbi diserte dicitur quod iudex incompetens statuerit, rei iudicatæ authoritatem non habere. Lit. B.

Idem

Idem etiam haut dissimulat Vlpianus *in l.5. Digest. de re iudicat.* vbi verba illa edicti, *Cuius de ea re iurisdictio est*, explicans, ostendit eum qui sententiam pronuntiare vult oportere vel iurisdictionem vel certe notionem habere.

Rationem vero huius istam adducit Andr. Gail. quod iudex potissima sit pars, basis & fundamentum iudicij, Bald. *in rubric. Cod. si à non competente.* Et iudicatum dici non potest ab eo, qui ius dicendi potestatem non habuit *l. 1. §. fin. Digest. ad Sc. Tertyll.* Hinc, etiamsi statutum tolleret atque excluderet omnem nullitatem, vel à partibus conuentum esset de nullitate nihil dicere; non tamen eiusmodi statuto vel conuentione nullitas, ex defectu iurisdictionis descendens, excluderetur. Gailius *d. obseruat. 42.*

Quæ. 6. *An sententia lata ad consilium peritorum transeat in rem iudicatam?*

Quæstio hæc valde controuersa est an ne sententia de consilio peritorum lata, transeat in rem iudicatam, an vero ad consilium peritiorum possit retractari & reuocari à iudice?

Quod non transeat in rem iudicatam, contendunt Andr. Gail. *lib. 2 obseruat. 111. num. 16. & sequent.* Felinus *in cap. proposuisti num.* 10. Mynsingerus *cent. 6. obseruat. 35.* Rutger Ruland. *tractat. de commiss. lib. 4. c. 12. num. 6. part. 1. & lib. 8. c. 12. num. 4. & 15. part. 4.* Fuluius Pacianus de probat. *lib. 1. c. 47. num. 83. & sequent.*

Et pro hac sententia facit primo quod sententia lata ex probationibus non veris, sed priuilegiatis non transit in rem iudicatam, sed veritas quoquo tempore perscrutari potest Innocent. *in cap. Tua nos. versic. sed quod est mirabile de cohabit. cler. & mulier.* Angel. *in l. 1. C. sentent. resc. non posse.*

2. Quod *in l. Diui fratres Digest. de iure patronat.* Imperator ipse statuit contra rescriptum & responsum suum, quod ad libellum partis emanauerat, postquam cum pluribus Iurisperitis tractans, plenius de veritate & iure fuisset edoctus.

3. Si sententia retractatur quando falsis instrumentis circumuenta est religio iudicantis *l. admonendi. Digest. de iureiur. l. vlt. & tot. tit. Cod. si ex falsis instrument.* cur non æque retractaretur quando circumuenta est falso & imperito eius responso, cuius veritate & imperitia tota fretus iudex sententiam tulit?

Non obstat primo quod obiicit Panormitanus quod publicatis attestationibus non liceat propter subornationis periculum alios testes producere *cap. 2. de testibus. cap. fraternitatis eod.* illi autem, de quorum consilio sententia fuit lata sint testes. Igitur post illos alios peritos eadem in causa consulere & de illorum consilio sententiam reuocare & retractare non liceat.

Etenim falsum est quod pro vero assumit ac præsupponit Panormitanus, quod periti illi, quorum consilio sententia concipitur, adhibeantur tanquam testes & non potius tanquam iudices, Mynsing. Pacian. *d. loco* Bart. *in tract. de testibus versic. testis dicat aliqua.* qui authoritate iudicis inducantur deponantque de propria sua peritia.

Similiter non resistit quod si in casu proposito retractatio sententiæ concederetur, processus produceretur in infinitum, quod fieri non debet *c. 2. de Rescript. in sext. l. 1. Cod. de sentent. quæ pro eo quod interest*: Illam enim infinitatem quam Panormitanus metuit, facile iudex moderari poterit, qui non simpliciter admittet probare volentes contrarium, sed adhibita præuia causæ cognitione Innocent. *in capit. Tenor. de re iudicat.*

Cæterum, vt vt sit, Elector Saxoniæ suo in territorio cõtrouersiam hanc decidit *constit. 26. part. 1.* & sanxit vt sententiæ eiusmodi in rem iudicatam transire debeant; verba illius constitutionis ita sese habent:

Wir werden berichtet / daß der mehrer Theil Vrtheil in vnsern Landen / wie sie von den Juristen Faculteten oder Schöppenstülen gefast / ohne Verenderung vnd einuerleibung deß Richters namen / darunter die Sachen schweben / eröffnet vnd Publicirt werden / Da nun solcher Gebrauch auffgehaben / so würden viel Proceß dadurch genichtiget vnd zerrüttet / derhalben ordnen vnd constituiren wir / daß solcher gebrauch nochmahls bestendig / vnd die also publicirte Vrtheil kräfftig seyn / auch in rem iudicatam gehen sollen / vngeachtet was von etlichen de sententia nomine Consultoris lata, weitleufftig dißfals disputiret vnd angezogen wird.

Lit. C. Iudex porto pronunciare debet secundum leges *pr. & tot. tit. I. de off. iudicis. pr. I. de iniur. l. 32. ff. eod. tit.* Quanquam ad verba legum non præcise, nec ita sit adstrictus vt duritiem illarum ex æquitate moderari nequeat *l. placuit. C. de iudic. l. 9. & 90. ff. de Reg. Iur.* Quinimo præ oculis æquitatem habere iubetur *in l. 4. ff. de eo quod certo loco.* Si enim contra æquitatem quæ fundamentum est iuris ac legum *l. 1. ff de iust. & iure* vbi ius definitur ars æqui & boni iudicans, aduersus leges pronunciasse dicitur *pr. I. de offic. iud.* hoc autem faciens iniuriam faciat atque iniuriarum conueniri queat, consequens sane est sententiam iudicis non valere sed ipso iure nullam esse *tot. tit. ff. quæ sent. sine appell. rescind.*

Et huc spectant omnes illæ leges, quæ de legibus interpretandis, deque illis ex æquitatis fundamento amplian dis vel coarctandis sunt scriptæ: Nec enim putandum est, eas aliis quam magistratui atque iudicibus præscriptas esse. Quocirca iudex secundum æquitatem contra expressa & stricte iuris verba pronuncians, non potest contra leges iudicasse dici, cum ex fundamento legum hoc casu iudicet.

Præterea iudex sententiam, secundum leges conceptam, ipse pronuntiare & de Charta recitare tenetur: Adeo vt si non ipse iudex, sed scriba vel quispiam alius sententiam è scripto recitet; sententia nullius sit momenti, etiamsi alias iusta fuerit, emaculata & ex optimo processu lata sententia: Excipiuntur solæ personæ illustres quæ per alios sententiam recitare possunt pro qua sententia textus est elegans *in l. 2. C. de sent. ex breuic. recitand.* vbi Imperator. ita sanciunt: *Hac lege perpetuo credimus ordinandum vt iudices quos cognoscendi & pronuntiandi necessitas tenet, non subitas, sed deliberatione habita, post negotium sententias ponderatas sibi ante formene & emendatas statim in libellum, secuta fidelitate conferant, scriptasque ex libello partibus legant. Sed nec sit post hac copia corrigendi, vel mutandi; Exceptis tam viris eminentissimis, præfectu prætorio, quam aliis illustrem administrationem gerentibus cæteruque illustribus iudicibus, quibus licentia conceditur etiam per officium suum & eos, qui ministerium suum eis accommodant sententias definitiuas recitare.* Et quod tales sententiæ, quæ non ab ipso iudice leguntur, seu recitantur ipso iure sint nullæ, ait Zasius se primo anno Doctoratus sui in Camera Imperiali obtinuisse. Et ideo ait, iudices laicos magno hoc excessu & abusu sese deprauare, quod in arduis causis, quæ scribis lucro esse possunt, sententiam, citatis etiam partibus, non proferunt, sed ad scribas transmittunt, qui vtrique parti instrumentum sententiæ exhibeant & per hoc scriptoribus vt eo plus lucrentur, consulant.

Quæ. 7. *Si è pluribus eiusdem causis iudicibus absit an valeat sententia à reliquis conceptas*

Quod si porro plures sunt eiusdem causæ iudices, omnes adesse debent ac pronuntiare: adeo vt si vnus absuerit, sententia non valeat *l. duo. ff. de Re iudicat.* quoniam omnes iudicare iussi sunt.

Sed obiicitur huic quod qui potest inuito aliquo iudicare, multo magis

possit

possit absente & ignorante *l. qui potest. ff. de Reg. Iur.* Iam vero certum est quod etsi absens ille praesens esset ac dissentiret, nihil tamen noceret, quia statetur plurium sententiae *l. Pomponius. 36. ff. de Re iud.*

Verum hoc non obstat, quia non ideo omnino iudicum requiritur praesentia vt ferant sententiam, sed idcirco quia potuit vel ipsius praesentia, vel oratio trahere caeteros in eius sententiam *l. Item si vnus. § vltim. ff. de recept. qui arbitr. recep.* Ita enim Vlpianus illic scribit: *Si in tres fuerit compromissum, sufficere quidem duorum consensum, si praesens fuerit & tertius alioquin, absente eo, licet duo consentiant, arbitrium non valere, quia in plures fuit compromissum & potuit praesentia eius trahere eos in eius sententiam.* Duaren. & Donell. ad *d. l. 36. & sequent.*

Rursus assertioni nostrae non refragatur quod etsi decurionibus res ciuitatis gerenda committatur, ratum tamen fit quod maior pars, caeteris absentibus decreuerit *l. Nulli. & l. sequent. ff. quod cuiusque vniuersitatis.*

Etenim diuersissima est decurionũ & plurium iudicum, quoad praesentem quaestionem ratio: Etenim iudices omnes iussi sunt iudicare, & consequenter etiam adesse in iudicio: At decurionibus non hoc est mandatum vt omnes adsint. Donell. *d. loco.* Omnes proinde iudices iudicare coguntur, nec valet sententia, vno absente, lata: Haec tamen enuntiatio habet suas exceptiones, & falli, quando aliquis è pluribus iudicibus, quominus iudicet, impeditur, per textum *in l. 1. ff. de offi. Consul.* vbi dicitur: Sane si qua ex causa collega manumittere non poterit, infirmitate vel aliqua iusta causa impeditus; collegam posse manumissionem expedire Senatus censuit; si proinde propter iustum impedimentum collega consulis vices sui collegae obire potest, sequitur quod idem, pluribus iudicibus constitutis & vno impedito, statui debeat.

Sed quid si plures iudices in sententia dissentiant? Et quidem si in dispari numero iudicum diuersae sententiae sunt, plurium sententiam obtinere Pomponius statuit *in l. 39. ff. de Re iudicat.* Et hoc verum est etsi vnus ille dissentiens caeteris dignitate praeualeat: In pluribus quippe iudicibus datis sequimur non personarum dignitatem & authoritatem, sed numerum duntaxat; hoc vero ideo quia auctoritatem sententiae ex potestate iudicis in sententia ferenda metiri oportet: potestatem vero iudicis non ex authoritate & dignitate, aut prudentia personae, sed ex voluntate eius, qui eos dedit, aestimari conuenit: Qui autem eos dedit parem eis attribuit potestatem pariterque omnium fidem appellauit, post quod omnes vno modo eius litis iudices esse voluit. Et sane si contra statueretur & non plurium, sed melioris sententia praeualere iuberetur res in inextricabilem deduceretur controuersiam, quia quisque se meliorem & aequiorem protulisse sententiam contendet, & quisque se caeteris fideliorem, praestantiorem, prudentiorem & doctiorem asseret. *Quae. 8. Si disparis numeri iudices diuersas proferant sententias, quaenam praeualeat?*

Quod si autem in pari numero iudicum dissonae proferantur sententiae: haec est tenenda, vt primo illa quae pro causa fauorabili militat alteri praeferatur: textus est *in l. 38. ff. de Re iudicat.* ibi Paulus: *Inter pares numero iudices, si dissonae sententiae proferantur; in liberalibus causis pro libertate statutum obtinet.* Etsi autem haec lex loquatur in causa libertatis ad omnes tamen alias causas & personas fauorabiles extenditur: Zasius ad *d. l. 38. ff. de re iud. n. 1. & 2.* Donell. ibid. Hinc si pars iudicantium pro testamento pronuntiauerit, pars contra testamentum, id obseruandum erit quod pro testamento est *l. vel negare. ff. quemadm. testam.* *Quaest. 9. Si paris numeri iudices sententiam proferant an ea praeualeat quae fauorabilior est?*

epis.l.1.C.de SS.Eccles. Hinc etiam in ambiguis pro dotibus respondendum esse dicitur *in l.in ambiguis ff.de Reg.Iur.*

Sed obstat huic non parum *l.duo iudices.28.ff.de re iudicat.* vbi, si duo iudices diuersas sententias dederint, Modestinus respondet vtramque sententiam in pendenti esse donec competens iudex vnam earum confirmauerit. Quod plane repugnare videtur ei, quod nactenus diximus & *in d. l. 38.eod.tit.* asseritur alteram sententiam, fauorabiliorem videlicet valere & alteri præferendam esse.

Equidem dicendum videtur *in d. l. duo iudices 28.* agi non de ordinariis iudicibus, sed de iudicibus datis & extraordinariis: *in d.l.38.* tractari de ordinariis iudicibus: Quæ distinctio n titur textu iuris Canonici *in capit.vlt. de sentent.& re iudic.* vbi hoc modo pontifex decernit: *Duobus iudicibus diuersas sententias proferentibus, si ex iurisdictione ordinaria processerunt, tenet pro reo, non pro actore sententia, nisi in causa fauorabili puta matrimonio, libertate, dote seu testamento pro ipso fuerit promulgata: Si vero ex delegata potestate vtraque pendet sententia ex arbitrio delegantis.*

Et hanc conciliationem verissimam esse dicit Zasius *in d.l. 28.* Ex eaque ait regulam notabilem & veram desumi quod diuersæ sententiæ in iudicibus delegatis pendeant, donec per delegantem altera confirmetur: diuersæ autem sententiæ in iudicibus ordinariis non pendeant, sed altera præualeat alteri: Rationem vero diuersitatis hanc reddit quod duo delegati, quando diuersas reddunt sententias, repræsentant delegantem *l.1.§. qui mandatam.ff. de offic. eius* vbi dicitur quod delegatus nihil proprium habeat, sed tantū id qnod ei à delegante mandatum & commissum est; vnde perinde est ac si delegans tulisset istas sententias: Iam vero si ipse delegans tulisset diuersas sententias, neutra valeret propter repugnantiam. *arg.l.scriptura.Cod. de fide instrum. l. ibi repugnantia. ff.de Reg.Iur.*

Quocirca cum duo ipsum repræsentantes pronunciarint, non vero ipse solus rectissime faciet delegans si se interponat & alteram ex hisce sententiis approbet atque alteri præferat, quoniam est eius iurisdictio & non illius, qui pronunciauit. Longe secus sese res habet in iudicibus ordinariis, qui habent propriam iurisdictionem iure magistratus, quam eis lex dedit aut constitutio principis, qui si dissentiunt in propria iurisdictione inuicem, nullius interest se interponere: Quapropter ne sententiæ frequenter ludificentur, ipsa lex & constitutio prouidit in dissensu ordinariorum, vtra sententia præualeat, nempe ea, quæ pro reo, vel quæ magis fauorabilis est.

Aliter præfatam antinomiam conciliat Glossa, quam sequitur Franc. Duaren. *in d l. 28.* Ait enim *d. l. 28.* loqui de duobus ordinariis, sed eo in casu, quo partes litigantes sunt æqualis conditionis, hoc est, vbi nescitur quis sit actor aut reus, vt est in iudiciis duplicibus, nempe familiæ herciscundæ, communi diuidundo & finium regundorum: Nam quando heredes volunt coram iudice diuidere hereditatem, vterque est actor vterque reus: In huiusmodi iudiciis procedit *d.l.28.* & intelligi de duobus iudicibus ordinariis vt scilicet sententiæ illorum diuersæ sint in pendente donec superior iudex, seu magistratus sese interponat.

Hugo Donellus ad *eund. text. d.l. 28.* Diuersos casus proponi *in d.l.28.* & *d.l.38.* Illam enim de duobus saltem iudicibus datis: Hanc vero de tribus, quatuor aut pluribus loqui, Tres pluresue iudices vtiliter dari cui consequens sit sententias

tias illorum valere, nisi quatenus alia aliorum numero aut æquitate causæ vincatur: Duos autem iudices non recte dari, ac proinde sententias illorum discrepantes non valere per se, & propterea confirmatione opus esse ad vnam ex illis sustinendam. Hoc autem exemplo arbitrorum defendit Donellus: Nam *in l. Item si vnus § si in duos ff. de arbitr.* Vlpianus ait: Si in duos arbitros sit compromissum non debet prætor eos cogere sententiam dicere, quia res fere sine exitu futura est propter naturalem hominum ad dissentiendum facilitatem.

Veruntamen mihi prima conciliatio, quia nititur expresso textu iuris Canonici verior ac cæteris anteferenda videtur.

Porro el quod dictum est ex diuersis sententiis eam præualere, quæ pro re fauorabili est, valde obstare videtur quod etsi causa fisci admodum fauorabilis sit *l. Imperatores. Dig. ff. de Re iudicat.* non tamen ea sententia quæ fisco fauet cæteris præfertur; per textum *in l. Non puto. ff. de iure fisci.* quo in loco ita scribitur: *Non puto delinquere eum, qui in dubiis quæstionibus contra fiscum facile responderit.*

Sed bene respondet Duarenus: Illic Modestinum non negare, in dubio iudicandum esse pro fisco, sed ostendere solum, eum non esse puniendum quasi delinquentem qui contra fiscum responderit: Hoc vero ideo, quia nonnulli assentatores malorum & auarorum principum hoc crimen vocabant quasi graue facinus esset contra fiscum respondere, ostendit Plinius in panegyrico ad Traianum; *Quæ præcipua tua gloria est, sæpius vincitur fiscus, cuius mala causa nunquam est, nisi sub bono principe.*

Si causa nulla fauorabilis interuenit iudices vero plures, quoad summam discrepantes atq; diuersas ferunt sententias, ea sententia præualebit, quæ habet minorem summam: Et ita Paulus *in l. 38. Digest. de re iudicat. Si diuersis summis,* inquit, *condemnent iudices, minimam spectandam esse Iulianus scribit*: Hinc si tres sunt iudices dati, vnus condemnat reum in quindecim, secundus in decem, tertius in quinque. Ista sententia de quinque præualebit, quia minor summa inest maiori: Alter qui condemnauit in quindecim, condemnauit quoque in quinque: Et qui condemnauit in decem intelligitur etiam condemnasse in quinque; Et sic omnes tres in hoc concedant quod reus quinque soluere debeat *l. diem proferre §. si plures. Digest. de recept. qui arbitr. receperunt.* Donell. Zasius & Duarenus ad *d. l. 38. Digest. de re iudicat.* *Quæst. 10. Si sententia quoad summam discrepent, quænam præstratur cæteris?*

Verum hoc ista limitatione & restrictione recipiendum; Nisi plures iudices concordes sunt in summa maiori, tunc hæc sententia plurium iudicum præfertur sententiæ de summa minori.

Ratio, quoniam hæc sententia plurium iudicum calculo subnixa, habet pro se præsumptionem veri.

Et hæc sententia aperto pontificis Romani decreto confirmata est *in cap. 1. de arbitr. in sext.* cuius hæc sunt verba: *Si ex tribus arbitris te duo in decem & tertius in quinque condemnent, debet sententia præualere duorum: Licet cum vnus in quindecim, alius in decem, tertius vero in quinque pronunciant; illius, qui dixit de summa minori, cum in illa omnes concordes existant, sententia efficax censeatur.*

Si vnus iudicum pro reo, alter contra reũ pronunciet, vnus ipsum absoluat, alter

Si vnus pro reo alter contra reum pronunciet, vtra sententia præferatur?

alter vero contemnet, sententia illa quæ reo fauet præualebit *d.l.38. ff. de re iudicata*, quoniam semper fauorabiliores sunt rei quam actores & in dubio procliuiores esse debemus ad soluendum, quam condemnandum. *l. Arrianus. ff. de obligat. & Actionib. l. fauorabiliores. ff. de Reg. Iur.* Et hoc est, quod vulgo dicitur, sententiam absolutoriam esse potiorem contemnatoria.

Quæst. 12. *Si non liqueat iudici quidnam ipsi sit faciendum?*

Quid vero si vnus è pluribus Iudicibus iurauerit sibi non liquere, anne reliqui poterunt sententiam proferre, eaque executioni demandanda erit? Quæstionem hanc decidit ex Pomponii sententia *in d. l. Pomponius 36. ff. de re iudic.* dum ait: Pomponius libro trigesimo septimo ad edictum scribit: *Si vni ex pluribus iudicibus de liberali causa cognoscenti, de re non liqueat; Cæteri autem consentiant, si is iurauerit sibi non liquere, eo quiescente, cæteros qui consentiant sententiam proferre, quia etsi dissentiret, plurium sententia obtineret.*

Sed hic quæstio suboritur valde anceps & ambigua quidnam faciendum sit iudici si iura partium ita sunt obscura vt non liqueat pro vtra pronuntiari debeat? Sunt enim qui hoc casu pro amico & eo cui iudex fauet sententiam ferendam esse statuunt; Vnde tales quæstiones pro amico appellitant: Quidam vero rem sorti committendam censent; ita vt pro vtro sors ceciderit, pro eo pronuntiari debeat. Alii vero rem controuersam inter partes diuidendam arbitrantur. Nonnulli in re tam controuersa partes sine sententia dimittendos statuunt ita vt iudex iuret sibi non liquere. Denique non desunt qui partes ad principem remittendas esse dicant, quo is ius inter eas dicat. Quænam igitur sententia sit verior & retineri debeat, & vtrum sufficiat iurasse iudicem sibi non liquere, inquirere operæ precium est.

Et quidem quod in re vsque adeo dubia iudex possit affectioni indulgere, & amicitiæ, quam cum altero litigantium alit, nonnihil tribuere & pro amico iudicare, hac ratione euinci videtur, quod in dubio pro re vel persona fauorabili responderi debeat *argum. l. In ambiguis. ff. de iure dot. c. Actori. de R. Iur. in sext.*

Cæterum hæc opinio refellitur ex eo, quod ius semper sit certum, licet in sententia nostra quandoque incertum sit, *l. sed si restituatur. §. fin. in fin. ff. de iudic.* atque ideo non possit iudex pro lubitu suo magis huic parti, quam alteri gratificari aut fauere.

Thessaurus in locis ab Authore citatis asserit, quod non debeat ignorantia iudicis alteri litigantium nocere: Iam vero noceret alteri si iudici permitteretur ob suam inscitiam alterutri, cui voluerit gratificari, atque sic etiam ei, cui ius non assisteret.

Adde quod ius diuinum indistincte prohibeat rationem habere atque respectum personarum in iudicio, *Leuit. 19. 15 Deut. 1. 17. & cap. 16. v. 19.* Præterea iudex hac ratione aduersus animi dubietatem pronuncians, exponeret se periculo lædendo alterum, ac per consequens peccandi mortaliter, quod non licet, cum nemo debeat agere id, de quo dubitet, an sit peccatum vel non.

Vnde etiam *in cap. per tuas de simonia.* sancitur illum, qui opinatur Episcopum esse Simoniacum, non esse ab eo ordinandum, nisi prius errorem exuat. Quin etiam conscientia errorem ligat vel ad sui depositionem, vel ad faciendum id, quod illa suadet. D. Thomas *1. & 2 quæst. 13. art. 5.* Ita ergo hoc in casu si iudex dubitat, non debet fauere amico. Hinc denique scriptum est *in capit. pastoralis. de fide instrum.* iudicem iudicare minime debere secundum decretalem, de qua merito dubitat, an iuri consentanea sit. Menoch. *cent. 4. arb. quæst. 139.*

Nec ad rem quicquam facit, quod in dubio pro re vel persona fauorabili, veluti

uel pro reo & pro dote sit respondendum, ergo etiam pro amico, qui & ipse persona fauorabilis est. Nam hoc ita intelligendum est, modo illa dubietas ab animo ante sententiam expellatur: & priusquam iudicet, credat ius esse reo, doti & causæ fauorabili, vel amico suo: vel si hoc non credat, saltem certo statuat, eo casu pro illis esse iudicandum.

Deinde responderi potest, quod etsi iura iubeant in re dubia pro dote ac aliis causis his similibus iudicare, non tamen iubeant forte iudicandum pro amico. Quocirca, qui in re dubia pro amico iudicare vult, omnem prius exuat dubietatem & credat illius esse, vel saltem pro eo esse iudicandum, iuxta dictum *Deut.8.* Menoch. *casu 339. cent.4.*

Secundò alii existimant in ambigua litem forte esse dirimendam, ita vt secundum eum sit iudicandum, quam sors tetigerit. Cuius sententiæ hæc adduci solent fundamenta.

1. In iure nostro ciuili frequentissime ac fere semper, quoties duo vel plures, super re aut iure aliquo disceptantes, conuenire nequeunt, sortis iudicio res committitur. Sic enim *in l. si quæ sunt cautiones. ff. famil. hercisc.* cautum legitur, quod si omnes iisdem ex partibus heredes sint, nec inter eos conueniat, apud quem potius cautiones hereditariæ esse oporteat, sortiri eos debere, *in l. sed cum ambo. ff. de iudic.* statuitur, in actionibus duplicibus eum actorem esse, qui primus ad iudicium prouocauit, sed cum ambo ad iudicium prouocant, tum sorte rem esse discernendam, ad quam etiam legem notat Baldus, quod vbi non valet ingenium, rem esse committendam fortunæ, *in l. vlt. C. communia de legatis. & in §. optionis. Instit. de legat.* cauetur expresse, quod si plures quibus optio relicta est, non conueniant in electione, rem sorte dirimendam esse, fortunamque huius rei iudicem constituendam, vbi itidem Baldus notat, quod iudicium sortis dicatur iudicium fortunæ, cuius dux est Deus, prout Senecam scripsisse dicit *in l. generaliter. §. quid ergo si plures ff. de fideicommiss.* proponitur quis rogatus seruos manumittere, & ad quorundam precium sufficere id quod relictum est, ad omnium non sufficere, cogitur heres eum vel eos quorum precium patiatur manumittere: qui autem potius manumittendi essent sorte diiudicandum esse dicitur, præterea *in l. 2. C. quando & quibus quarta pars.* decernitur, vt si heredes aut socii non conueniant in rei communis diuisione, eam sorte diuidendam esse.

2. Accedit his textibus regula in iure vulgata *in l. vsufructuar. ff. de vsufruct.* vbi dicitur quod propter difficilem rerum diuisionem permittitur aliquid, quod alias prohibetur, quia talis difficultas inducit quantam impossibilitatem, secundum Innocent. *in c. non est, de deci.* Sic igitur in proposito, licet alias non esset ad iudicium sortis recurrendum, tamen propter difficilem primogeniti cognitionem, admittendum videtur iudicium sortis.

3. Confirmat eandem quoque sententiam non parum, quod Deus ipse terram promissam inter tribus populi Israelitici iusserit sorte diuidi: sic enim *Num.26. pluribus*, ait, *maiorem partem dabis, & paucioribus minorem: singulis, vt nunc recensiti sunt, tradetur possessio ita duntaxat, vt sors terram tribubus diuidat & familiis, quicquid sorte contigerit, hæc vel plures accipiant vel pauciores.* Et *c.33. Num. Ego dedi illam vobis in possessionem, quam diuidetis vobis sorte, pluribus dabitis latiorem. Singulis, vt sors ceciderit, ita tribuetur hereditas.* Et *c. seq. Cum ingressi fueritis terram Chanaan, & in possessionem vobis sorte ceciderit, his finibus terminabitur, &c.* Et rursus, *Hæc erit terra, quam possidebitis sorte.* Et *Deut.1. Et ipse sorte*

AAAa terram

terram diuidet Israel. Et *c. 30. Eam sorte diuides.* Id quod etiam factum esse constat ex *cap. 13. Iosue.* Et *1. Paralip. 24. Psal. 77.*

4. Insuper non parum roboris addit huic sententiæ, quod in Ver. Testamento summi Sacerdotes, Leuitæ, Ianitores, & cæteri sacris rebus præfecti sortibus deligi fuerint soliti, vt colligitur ex *1. Paralip. 24. 25. 26.* atque ita quoque per sortem Matthias electus est Christi Apostolus, *Act. 1.* vbi cum Petrus & cæteri Apostoli decreuissent in locum Iudæ Iscariothis, alterum ex Iosepho & Matthia substituere, sorti rem commiserunt, & sors cecidit super Matthiam. Atque hinc Clericos dictos esse, quod Matthias primus sorte electus, qui primus ab Apostolis ordinaretur, traditur *in c. Cleros 21. distinct.* κλῆρος enim sors dicitur, vnde & κληρὸς sorte datus & electus.

5. Quin & exemplis admodum illustribus hæc roboratur sententia. Nam referentibus rerum Romanarum scriptoribus, Romulus & Remus, cum essent gemelli, nec ætatis verecundia discrimen facere possent (ignorabatur enim vter primus esset) sorte augurii controuersiam diremisse, vter nomen nouæ vrbi daret, quique conditam imperio regeret. Sed & post mortem Romuli interrex sorte delectus est: nam Patricii in Senatum conscripti à Romulo, ducenti numero cum essent, diuersi sunt in decurias, posteaque immissa sorte illi, quorum sors prima exibat, vrbi præsidebant, Imperatorium magistratum agentes. Sic & Darius primus, rex Persarum regnum sorte adeptus est; nam, eo regno vacante, mortuoque Cambyse, septem ex Persis & ii quidem prudentiores successionem regni sorti fortunæque commiserunt, ita scilicet, vt sub ortum Solis conscensis equis, eos ante regiam producerent, & cuius equus, vocem primus edidisset, is regno potiretur: quod & factum est, Dariusque eo pacto, quoniam scilicet eius equus primus omnium inhinniuit regnum obtinuit, referente Herodoto. Quin & successores Alexan. Magni regnum sorte inter se diuisisse scribit Iustinus *lib. 13.* Sed & illos triumviros, Augustum scilicet, Lepidum & Antonium orbis imperium sorte partitos fuisse, constat ex Appiano Alexandrino paulo post *princ. lib. 1.* Idem quoque de Constantino, Constante & Constantio, Constantini illius Magni filiis testantur historici.

Verumtamen etsi opinio hæc speciosis videatur niti fundamentis, non tamen eam sustineri posse opinor: quia cum iudicium sortis & fortunæ æquiparentur, vt Baldus scribit *in l. 2. C. de commun. de legat.* fortuna autem sit varia & inconstans, secundum M. Tullium Ciceronem, qui *lib. 2. de nat. Deor.* scribit: Fortunam nemo ab inconstantia & temeritate se iunget, & *lib. 2. de Diuinit.* Nihil est tam contrarium rationi & constantiæ, quam fortuna; idcirco & sors erit pariter inconstans & rationi ac constantiæ contraria: ac consequenter res dubia, præsertim si magni sit præiudicii, sortis iudicio committi non debet. Nec priorem opinionem confirmant, quæ supra fuerunt pro eadem adducta. Quod enim primo ad textus, ex iure ciuili adductos, in quibus permittitur dubia controuersia sorte dirimi, ad eos respondetur primo in casibus in iure expressis sortis iudicium esse admittendum: in casibus vero non expressis sortis iudicio rem controuersam committendam non esse, ita Bald. *in l. meminimus. C. quando & quib. part. pars.* Proinde cum in casu nostro nulla lex, nulla principis constitutio sortem admittat, ideo ex textibus adductis, nil quicquam firmiter inferri potest. Secundo communis fere opinio & theorica est in quæstione facti nunquam esse locum sorti, sed factum allegantem ad eius probationem obligatum esse

esse. *l. Actor. C. de probat.* At quæstio præsens, vter primogenitus? est quæstio facti, non est quæstio iuris. Igitur in ea sors locum sibi vendicare nequit. Cæterum leges supra allegatæ loquuntur non de quæstionibus facti, sed quæstionib. iuris.

Ad secundum respondeo consequentiam negando, in re difficili admittuntur, quæ alias prohibita sunt. Ergo & in dubio sortis iudiciū admitti debet. Cum enim, vt dictum, & per se plusquam certum & manifestum sit, sortem esse periculosam, incertam & variam, atq; ab inconstanti fortuna dependere, idcirco nec in re difficili, quæq; alicuius præiudicii est, res sorte diiudicari debet.

Ad tertium & quartum resp. factum Dei omnipotentis ab homine non semper ad imitationē esse trahendum: Deus siquidem iubens terram sanctam & populo Israelitico permissam inter tribus per sortem diuidi, sortem in manu habuit, eamq; pro arbitrio eo dirigere potuit, quo peruenire debuit: vt debitum cuiq; cesserit, nec quisquam læsus fuerit. Quare quod in adducto argumento proponitur facti est, non iuris, & facti quidem singularis, quod ad imitationem nequaquam trahendum. Idq; claris etiam atq; perspicuis verbis Hieron. significat, ita scribens: *Non statim debemus sub exemplo Ionæ sortibus credere, vel illud de actibus Apostolorum huic testimonio copulare, vbi sorte in Apostolum Matthias eligitur; cum priuilegia singulorum non possint facere legem communem, c. 2. caus. 26 q. 2.* Et Beda super *Act. Apost. c. 1. Non*, inquit, *exemplo Matthiæ, vel quod Ionas Propheta sorte deprehensus sit, indifferenter ex sortibus est credendum, cum priuilegia singulorum (vt Hieron. ait) communem legem facere omnino non possint. d. q. 2. c. 4.* obseruandum etiam, quod cum Apostoli Matthiæ vocatio non debuerit esse simpliciter mediata, sed Apostolica, ideo sorte electum fuisse Matthiam: postea vero in vocationibus aliorum, vt cū Diaconos eligebant, *Act. 6.* Apostoli nō sunt vsi sorte. Ex quo & ipso relucet exemplū Matthiæ extraordinariū & singulare esse nec ad consequentiā porrigendū, *arg. l. quod contra. de R. I. multo minus exinde ius commune extruendū.* Ad postremū resp. non exemplis sed legibus iudicandum, nec exempla esse iuris, sed facti.

Quapropter sententia hæc cum admodum sit periculosa, recipi temere nō debet: sunt equidē nonnulli, qui tunc sorti locum tribuendum esse contendant, cū vterq; desiderat, controuersiā sorte dirimi, quoniam hoc casu neutri, vtpote volenti & consentienti, fiat iniuria: itē cum necessitas aut grandis vtilitas vrget, nec nisi cum magna religione, reuerentia, expiationibus, ieiuniis, mundicia, precibus, votis, sacrificiis, consecrationibus cæterisq; adhibitis religionū sacris mysteriis, id quod etiam in supra citato *c. 4.* Beda confirmat, quando subiicit; si qui tamen, necessitate quadam compulsi Deum putāt sortibus exemplo Apostolorum esse consulendum, videant hoc ipsos Apostolos, nonnisi collecto fratrum cætu, precibus ad Deū fusis egisse.

Vdalricus Zasius *in l. 3. §. ex his. nu. 11. & seqq.* sub distinctione hanc sentētiam admittit: ita vt si sors iacienda sit super iure: vt si iudex dirimat sorte, quæ species ex genere debeatur, tunc possint res sorte dirimi, quia deberi aut non deberi iuris sit *pr. I. de obligat.* communis autem regula sit, quod in his quæ iuris sunt, detur diremptio, vt *in l. in hoc iudicio. ff. famil. hercisc. l. duo. ff. de tutel.* atq; ita procedat *d. l. fin. C. communia de legat.* Super facto autē iudex non dirimat sorte iuxta gloss. singularem & ab omnibus approbatam *in l. vnic. C. vti possidet.* veluti si iudex vellet sorte dirimere, qui inter heredes eligant, quorum electio præferatur. Verum Anton. Thessaurus & hāc opinionē improbat eo quod satis periculosum sit, rem sorti committere, cū sæpe accidat,

vt sors, fortunæ iudicio commissa, in deteriorem partem cadat.

Tertio itaque Bartolus ad *l. si duo. 3. num. 4. & seqq. ff. vti possidet.* putat iudicem oportere rem litigiosam inter partes diuidere.

1. Quia si duo vsufructuarii sint in fundo, forte quia cuilibet relictus sit vsusfructus in testamento in solidum, isti certe facient sibi partes concursu, & vterque pro medietate habebit vsumfructum, necessitate iuris sic suadente.

Proinde eadem necessitatis ratione dicendum in proposito cursu fieri partes, vt quisque litigantium pro medietate possideat.

2. Quia & Iustin. *in §. final. Inst. de vulg. substit.* & Iulianus *in l. 49. ff. de hered. Instit.* in quæstione admodum dubia, rem de qua erat controuersia, diuiserit inter litigantes, substitutum videlicet & institutum. Daut. in loco ab autore citato.

Denique quod in dubio ea sententia arripienda est, quæ medium tenet, quæque alterum minime lædit. arg. §. *Cum ex aliena materia. 25. I. de rer. diuis.*

Sed nec hæc sententia recipienda videtur, quia ea admissa, contingeret, vt cui integra res sibi debetur, parte eius defraudetur, nec suum consequatur; contra quam iustitia præcipit.

Hinc primum argumentum Bartoli huc non pertinet.

Secundum quoque idcirco opinionem eius non confirmat, quia de voluntate testatoris plane non constabat, nec etiam constare poterat, si sciuisset, eum quem tanquam liberum instituit, seruum esse, vtrum nihilominus fuisset instituturus, an minus: ne autem penitus corrueret ac circumueniretur vltima defuncti voluntas, si fortassis ei hereditas assignaretur ac crederetur, cui eam deferri testator noluit: alter vero cui eam tribui voluit, penitus ea fraudaretur; Idcirco veteres sapientes Legumlatores, quo quantum fieri posset, vltima voluntas conseruaretur, hereditatem inter institutum & substitutum in casu *d. l. 40.* diuidi voluerunt.

Ad vltimum respondeo, etsi sint leges quibus iubeamur rem per mediocritatem dirimere: nostrum esse ita negotium moderari, vt vni detrahendo aliquid impertiamus alteri, cum illa iustitia sit, quæ suum cuique tribuit. Committendum itaque non est, vt si tota res ex causa adiudicanda sit alicui, ipsi partem duntaxat tribuamus, quod in proposito accideret. Et sane *in d. §. 25.* in ambiguo non fit nouæ speciei diuisio, sed alterutri tota assignatur.

Quarto alii putant iudicem, si causa adeo dubia sit, vt non liqueat pro vtro litigantium sententia ferri debeat, partes contendentes sine sententia dimittendos esse, iudicemque iurare oportere, sibi non liquere. Confirmatur autem hæc opinio ex *l. Pomponius 13. § final. ff. recept. arbitr.* Vbi Pomponius scribit, si forte arbiter vrgeatur à prætore ad sententiam, æquissimum fore si iuret sibi de causa nondum liquere, spacium ei ad pronunciandum dari.

Secundo probatur etiam ex *l. Pomponius. 36. Digest. de re iudicat.* vbi iudex etiam ordinarius à iudicandi necessitate immunis est, nec iudicare tenetur, nec sententiam in ea controuersia dictat.

Tertio probatur idem exemplis admodum illustribus, quibus in re plane ambigua absque sententia partes sunt dimissæ: vnum extat apud Gellium *14. Noct. attic. cap. 2.* Homo integerrimæ vitæ & expertæ fidei petebat pecuniam à reo, qui erat vita turpi, mendax, perfidus & fraudulentus. Actor nullas probationes habebat, quibus à reo sibi deberi pecuniam euinceret: ICti dixerunt reum absoluendum esse, ex regula non

pro-

probante actore, &c. *l.4. Cod. de eden. & l.2. Cod. de probat.* Fauorinus philosophus, maximę tum temporis authoritatis, contra condemnandum pronunciauit: Gellius iudex datus iurauit sibi non liquere, & ita iudicatu illo solutus est. Aliud consimile perillustre exemplum refertur apud eundem Gellium *lib.12.cap.7. & Valer. Maximus lib. 8. cap.1.* cum materfam. Smyrnea maritum & filium eodem tempore, Venenis clam datis, è medio sustulisset, atque id se fecisse confiteretur, diceretque habuisse se huius facinoris causam, quoniam ille idem maritus & filius alium filium mulieris, ex priori matrimonio genitum, adolescentem optimum & innocentissimum per insidias occidissent. Ad Areopagitas re delata, illi causa cognita, accusatorem mulieris & ipsam quæ accusabatur, centesimo anno adesse iusserunt.

Denique huc maxime pertinere videtur quod ab eodem, Gellio refertur *lib.5.cap.10.* Cum Euathlus, adolescens diues, eloquentiæ discendæ, causarumque orandi cupiens in disciplinam Protagoræ se dedisset, daturumque promisisset mercedem grandem pecuniam, quantum Protagoras petiuerat, dimidiamque eius iam tunc dedisset, statim priusquam disceret, pepigissetque vt reliquum dimidium daret quo primo die causam apud indices orasset & vicisset: postea cum aliquandiu auditor & assecutor Protagoræ fuisset, & in studio quidem facundiæ abunde promouisset, causas tamen non reciperet, tempusque iam longum transcurreret, & facere id videretur, ne reliquum mercedis daret, capit consilium Protagoras, vt tum existimabat, acutum. Petere instituit ex pacto mercedem, litem cum Euatho contestatur, & cum ad iudices coniiciendæ consistendæque causæ gratia venissent, tum Protagoras sic exorsus est: Disce, inquit, stultissime adolescens, vtroque id modo fore, vt reddas quod peto, siue contra te pronunciatum erit, siue pro te. Nam si contra te bis data erit, merces mihi ex sententia debetur, quia ego vicero: sin vero secundum te iudicatum erit, merces mihi ex pacto debebitur, quia tu viceris. Ad ea respondet Euathus: potui, inquit, huic tuæ tam ancipiti captioni ire obuiam, si verba non ipse facerem, atque alio patrono vterer? sed magis mihi in ista victoria præludium est, cum te non in causa tantum, sed in argumento quoque isto te vinco. Disce igitur tu quoque Magister sapientissime, vtroque modo fieri vt non reddam quod petis, siue contra me pronunciatum erit, siue pro me. Nam si iudices pro causa mea senserint, nihil tibi ex sententia debebitur; quia ego vicero: sin contra me pronunciatum venerit nihil tibi ex pacto debebo, quia non vicero.

Tum iudices dubiosum hoc inexplicabileque esse, quod vtrinque dicebatur, rati ne sententia sua, vtramcunque in partem dicta esset, ita sese rescinderet rem iniudicatam reliquerunt, causamque in diem longissimam distulerunt.

Quapropter dicendum, quotiens occurrit adeo perplexa & dubia causa iudicem suum iudicium suspendere, & in longissimum tempus differre oportere.

Cæterum & hæc sententia displicet Menochio.

1. Tum quod iniudicata causa hæc scandalum aliquod inter contendentes parare possit, vt quibus occasio præberetur ad arma veniendi, quod iudex omnino præcauere debet, *l.æquissimum. ff. de vsufruct.*

2. Tum quod sententia à iudice

 requi-

in §. *final.* subiicitur: *Celsus libro secundo Digestorum scribit; si in tres fuerit compromissum, sufficere quidem duorum consensum, si praesens fuerit & tertius: Alioquin absente eo, licet duo consentiant, arbitrium non valere quia in plures fuit compromissum &c.* Ex hisce verbis euidenter sane relucet, quod etsi quidam inter plures arbitros extiterit dissensus, diuersasque protulerint sententias, quod propter istum ipsorum dissensum sententiae propterea non sint irritae, sed vna ex illis valeat.

Non refragatur *cap. vltim. extr. de Re iudic.* Nam loquitur de iudicibus, non de arbitris; adeoque si quid ad rem facit, aperte conuellit distinctionem quam inter iudices & arbitros facit noster Treutler. Deinde loquitur de eo casu quo duo saltem iudices sunt dati, de quo supra nonnihil dictum fuit: Et quoad hunc casum nullam omnino inter arbitros & iudices apparere differentiam relucet ex collatione *d. l. duo iudices. 28. & d. l. 17. §. 6. Digest. de recept. qui arbitr. recep.*

RESOLVTIO THESIS Tertiae.

lit. A. VT porro sententia valeat necessarium est de iis rebus duntaxat eam esse conceptam quae in iudicium deductae & in libello petitae sunt; proquo est textus apertus *in l. 18. Digest. commun. diuidund.* vbi Iauolenus, *vt fundus*, inquit, *hereditarius fundo non hereditario seruiat, arbiter disponere non potest; quia vltra id, quod in iudicium deductum est, excedere potestas iudicis non potest.* Caeterum in bonae fidei iudiciis iudicis officium sese ad rei principaliter petitae accessiones, veluti ad vsuras, fructus & interesse, extendit, ita vt quamuis haec in iudicium nominatim & expresse petitae non fuerit, tamen iudex ex officio reum actori in ea condemnari debeat. §. *In bonae fidei I. de action.* quoniam vi & natura ipsorum bonae fidei iudiciorum continentur, vt ex quibus omnia illa ab actore praestanda veniant reo, quae ipsi praestari aequum & bonum est.

Summa proinde petita talis esse debet quae iurisdictionem iudicantis non excedat: Nam si iudex supra modum suae iurisdictionis iudicauerit, nihil agit: Et hoc est quod dicitur supra iurisdictionem suam ius dicenti impune non pareri *l. fin. Cod. de iurisdict.* Et ratio huius in promptu est, quia cuius iurisdictio ad certum modum restricta, is non potest censeri iudex extra illum modum, sed pro priuato habebitur.

Sed quid si magistratus iurisdictio ad 100 florenor. summam sit restricta & limitata, coram eo autem aliis in summam ducentorum florenorum conueniatur; & iudex temere in petitos ducentos florenos, nulla iurisdictionis suae limitum ratione habita, reum conuentum condemnet, quaestio est vtrum sententia in totum non valeat, an vero valeat ad 100. vsque florenos, ad quos sese iudicis illius iurisdictio extendit? Quae. 14. *An sententia excedens iurisdictionem iudicis in solidum, an vero saltem quoad excessum vitietur?*

Et quidem quia res petita, hoc est summa diuisibilis est, dicendum videtur saltem quod superfluum, centum videlicet florenos qui vltra iurisdictionem eius petiti erant inualidam & inutilem esse, quoad 100. florenos valere sententiam, quoniam regula iuris est vtile per inutile vitiari non debere. Maxime cum minor summa insit maiori *l. 1. §. si stipulanti. Digest. de verbor. obligat.* vnde qui iudicauit super ducentis florenis, dicitur etiam iudicasse super 100. vt ita, resecto superfluo, maneat sententia rata in centum. *argum. l. Sancimus. C. de donat.* vbi donatio facta supra 500. florenos vitiatur duntaxat in excessu & ex currenti summa quae est supra quingentos, & valet donatio quoad quingentos.

Et

Et pro hac sententia, quod sententia iudicis non in totum vitietur, sed in summa duntaxat excurrente probare videtur *l.29.§.1.ff. de minorib.* vbi sententia per in integrum restitutionem quoad vnum solum caput rescinditur, si nempe capita sententiæ non sint connexa.

Cæterum Bartolus, secutus Glossam *in d.l.fin.ff. de Iurisdict.* statuit sententiam in totum nullam esse quæ excedit modum iurisdictionis.

1. Per textum *in l.in hoc iudicio.27.fam. hercisc.* vbi aperte sancitur sententiam non posse pro parte valere & pro parte non valere.

2. Accedit deinceps hæc ratio quod iudicium sit indiuiduum, & sit actus continuus, & ideo natura non patiatur vt sententia ex parte solum valeat.

Mihi optima videtur Treutleri nostri distinctio qui distinguit vtrum res super qua lata est sententia sit diuidua, an vero sit indiuidua, vt priori casu valeat pro parte & pro congruente summa sententia, posteriori autem in totum sit nulla: Item distinguendum est vtrum totius sententiæ vnicum duntaxat sit caput, aut plura quidem sint capita sed connexa & inseparabilia: An vero sint plura sententiæ capita eaque separabilia: vt hoc casu diuisionem ipsa quoque sententia admittat & proinde valere possit pro parte: Idque ex hoc fundamento, quia si plures sunt summæ vel plura capita non connexa eiusdem sententiæ, tot intelliguntur esse sententiæ, quot sunt capita, sicut solemus dicere, tot esse stipulationes, quot sunt res *l.scire debemus.29.ff.de verbor. obligat.* & tot legata annua quot sunt anni *l.35.§ vlt.ff.de donat.mort.causa. iunct.l.34.ff.de adil edict.l.47.§.1.ff.de minoribus.l.vlt.pr.C.de appellat.cum similib.* Anton.Fab. in Rationalibus *ad d.l.29.§.1.ff. de minoribus.*

Illud obseruandum est aliud statuendum esse quando totum illud quod petitum fuit iurisdictione iudicis contineretur, tunc enim sententia pro parte valere & pro parte non valere non potest. Hinc si iudex condemnat victum victori in aliqua saltem parte sententia non valet nec pro ea parte, nec quoad residuum, de quo sententia concepta non fuit absolutus intelligitur reus per textum *in l.in hoc iudicio.ff.famil.hercisc.l.dicere.ff.de arbitr.* Franciscus Viuius de com. opin.verb.iudex condemnans.

Cæterum posteriori sententiæ, quod scilicet quoad excessum sententia, iurisdictionem iudicantis excedens, duntaxat non valeat non resistit *l.27.ff.famil. hercisc.* Nam loquitur expresse textus iste eo in casu, quo totum illud, quod iudicio petebatur, erat sub iurisdictione iudicantis: Deinde etsi in casu nostro loqueretur, quo nimirum res, de quo lata erat sententia, excedebat iurisdictionem eius, tamen secundum præfatam distinctionem intelligenda foret.

Ad secundum respondeo etsi iudicium sit actus indiuiduus & continuus, exinde tamen non sequi quod & sententia sit indiuidua, maxime si rem diuiduam continuat aut vero sit de capitibus diuersis separabilibus.

Quod subiicit noster Author iudicem ad causas duntaxat ciuiles deputatum non posse cognoscere de causis criminalibus, & viee versa, iudicem ad causas criminales deputatum, de ciuilibus cognoscere non posse, verissimum est & hanc rationem habet, quod iurisdictio huius iudicis limitata & restricta sit ad certum genus causarum: iudex igitur si de causis aliis iudicaret, excederet limites iurisdictionis & officii sui, ac supra suam iurisdictionem, adeoque inefficaciter iudicaret ipsique impune non pareretur *l.fin.ff de iurisdict.*

Sed tamen licet iudex ad ciuiles causas deputatus non possit de criminalibus causis principaliter cognoscere propter ratio-

rationem modo allegatam: Non tamen prohibetur de illis iudicare incidenter. *argum. l. 3. Cod. de indic.* vbi iudex qui non potest principaliter de causa status cognoscere, potest id facere incidenter.

Et pro eadem sententia est apertus textus *in l. 3. C. de ordin. iudic.* vbi Demetrio Impp. Valerianus & Gallienus ita rescribunt: *Cum ciuili disceptationi principaliter mota, quæstio criminis incidit, vel criminis prius instituto ciuilis causa adiungitur: potest iudex eodem tempore vtramque disceptationem sua sententia dirimere.*

Et ratio est tum quod multa quæ non possumus facere principaliter & directo, ea facere queamus per obliquum & indirectum *l. 1. pr. ff. de auctorit. tut.* Tum quia continentiam causarum diuidi non oportet Iohannes Sichardus *ad l. 3. nu. 5. Cod. de iudic.*

Quæ. 15. *An sententia debeat esse conformis libello?*

Insuper sententiam debere conformem esse libello ait noster Treutlerus id quod etiam Andr. Gailius 1. *obseruat. pract. 66.* Vlricus Zasius *in l. Paulus respondit 43. ff. de re iudicat.* & multi alii approbant & per *text. in l. vt fundus. ff. comm. diuid. l. fin ff. de fideicomm. libert. cap. Licet Heli. extr. de simon. confirman.*

Nec obstat ei *d. l.* Paulus respondit. *ff. de re iudicat.* vbi libellus actoris continet debitum plurium, cuiuslibet insolidum, vt vna solutio sufficiat: sententia autem condemnat in virilem & non in solidum adeoque sententia non est conformis libello.

Etenim respondet Zasius sufficere sententiam conformem esse libello quoad obligationis & actionis genus itemque quoad causam petendi, quia nimirum petitur debitum personale & petitur ex mutuo vel ex alia actione, etiamsi quoad qualitates sententia à libello discrepet; id quod in præsenti casu *d. l. Paulus respondit.* accidat. Quanquam Fr. Duarenus *ad d. l. 43.* regulam istam vulgarem, quod sententia conformis esse debeat libello, falsam esse, nec ex adductis legibus colligi posse statuat.

An valeat sententia qua iudex reum in genere contemnat, vt soluat quod petitum est? Controuertitur: & dicendum prima fronte huiusmodi sententiam non valere, quia videtur esse incerta: At incerta sententia non valet *tot. tit. Cod. de sentent. quæ sine certa quantitate. §. curare. I. de act.* proprium siquidem est sententiæ vt quod dubium est, quod incertum & obscurum, reddat certum & clarum.

Sed tamen contrarium verius est si modo ex aliqua parte actorum de veritate petitionis liqueat: Acta vero sunt duplicia assertoria alia, alia vero probatoria. Assertoria acta dicuntur quicquid in iudicio per partes asseritur, quales sunt libellus, petitio summaria, positiones, articuli, litis contestatio, exceptiones replicæ, &c. probatoria vero versantur circa instrumenta quæ in iudicio ad fidem faciendam producuntur. Igitur cum volumus de veritate debiti ex actis liquere, intelligimus acta probatoria, vt si ex depositione testium, vel ex instrumentis de debito constet. Etenim licet debitum in actis assertoriis exprimeretur, iudex tamen non sequetur ea & si sequeretur, sententia foret iniqua quoniam non sufficit asserere nisi probetur. *l. qui accusare. C. de edend.* Quod autem ex actis certificetur sententia, est textus *in l. Hæ enim causæ. ff. de suspe. tut.* vbi dicitur, ex causa certam intelligi sententiam.

Non aduersatur quod obiicit Iohannes Faber, etiam acta probatoria aliquando esse dubia propterea quod multa obiiciantur contra testes & eorum personas, nec non eorundem dicta quod item instrumentis multa opponi possint.

Ad hoc enim recte Zasius respondet, postquam lata est sententia & fidem habuit iudex testibus & munimentis, non posse amplius dici dubia, quia in eo iu-

dicio & in ea instantia post sententiam sublatus est omnis conflictus dubitationis inter partes: Nā in arbitrio iudicis est credere testibus vel non credere *l.3.§. tu magis.ff.de testibus.* Certa proinde sunt acta probatoria, & non dubia, vnde & Baldus dixit, acta esse vehiculū ad sententiam ferendam *in cap.cum super. de causa possess.& proprietat.*

Alia quæstio hic incidit, si iudex condemnat reū hoc modo; *reum condemno prout in literis obligator.cauetur.* Nec tamē vllæ sint literæ in iudicio productæ, an ea sententia vt incerta, non valeat?

Pro Affirmatiua sententia stat Bartol. *in d.l.5.§.1.ff. de Re iudicat.* & post eum Zasius ibid. hac ratione moti quod huiusmodi sententia lata est sine vlla causæ cognitione; Nā iudex non cognouit de causa, qui se fundat in cautione, quæ nō est producta in iudicio: Et licet iudex sciuisset hanc cautionē vt priuata persona, adhuc dicitur ignorare vt iudex, quia iudex debet sequi acta quæ sunt ad sententiam vehiculum & non propriā scientiam *l.Illicitas.§ veritas ff.de offic. præsid.* Quocirca prædicta sententia non solum est incerta, sed etiam nulla, vt quæ sine causæ cognitione sit lata *l. Ex stipulatione Cod. de sentent.*

Sed contrariam sententiam cōmunis fere Dd. schola tuetur: & statuit q̄ sententia, quæ sese ad instrumenta non producta refert, subsistat & valida sit.

1. Per *capit.Cum venerabilis.extr.de Except.* vbi iudex secutus est authēntica scripta, & nullibi patet vbi illa scripta authentica fuerint in iudicio producta.

2. Deinde accedit & ista ratio quod probatio nōn sit de substantia sentētiæ licet iudex non viderit probationes, imo præterierit, sententia tamen non sit nulla, quamuis sit contra ius litigatoris & iniusta, à qua possit appellari.

Veruntamen priorem sententiam, hisce rationibus non obstantibus, defendit Zasius per textum *in l.3.in fin. C.de sent. quæ sine cert. quantit.* vbi vt sententia incerta valeat, necesse est constare de quantitate in aliqua parte actorum.

Nec refragatur huic sententiæ quicquā quod probatio non sit de substantia sententiæ, Nā posito eo, nihilominus sententia, in casu proposito erit nulla: Tum quia hæc sententia sine causæ cognitione est lata, vt quæ fundetur in instrumento non cognito: Tū quod est incerta plane nec per iudicē ob prædictam rationem certificari poterit: Tum quia ista sententia est manifeste iniqua eo quod pars condemnatur super instrumento non producto: At sententia manifeste iniqua est nulla *cap.inter cætera. extra, de re iudicat.* Huc sane pertinet etiam illud quod Bald. *in l.1.in fine. C. de sentent.ex breuic. recitand.* ait: Id quod non est in acts productum non censeri etiam in iudicium deductum.

Concludendum proinde est, quod si iudex pronunciet ac se referat ad acta, id est ad instrumenta, testes vel alias cautiones, quæ in iudicio non sunt productæ, eius sententia sit incerta; nulla & iniqua.

Sequitur aliud dubium non minoris momenti atque præcedens: Quæritur an valeat talis sententia iudicis, *solue quod debes*? Affirmat Zasius contra Alexandrum. Sic tamen si ex actis probatoriis appareat, quantum debeatur: Mouetur, vt sic statuat præcipue *l.5.§ si iudex.ff.de re iudicat.* & *l. In sententiis.59.ff. eod.tit.* Quæ. 16. *An valeat hæc sententia*, solue quod debes?

Sed opinionem hanc reiicit Duarenus *in d.§ si iudex* per textum *in l.quid tamen.§.Pomponius. ff. de recept. qui arbitr. recep.* illic enim Vlpianus dēmonstrat incertam esse sententiam, *quantum ei debes redde*; Nec distinguitur, an ex actis appareat, quantum debeatur, quoniam iudicis est pronuntiare an debeatur *l. 1. C. quæ sentent. sine appellat.* quandoquidem alias

alias incertum est quanta fides habenda sit testibus aut tabulis *l. 3. ff. de testib. l. Lucius. ff. de his qui not. infam.*

Nec huic sententiæ quicquam aduersantur *l. 5. §. 1. & l. 59. ff. de re iudicat.* nam negari non potest quod maior sit incertitudo in hac sententia, *quod debetur solue*, quam in illa *quod petitum est, solue.* vel; *quod in testamento relictum est solue*; Nam in priori exemplo ex nuda inspectione actorum & testamenti apparere facile potest quid relictum sit, nec opus est alia inquisitione. Sed quantum debeatur non cognoscitur ex sola inspectione & lectione actorum. Exemplum huius generis extat *in l. vbi autem. §. Illud. Digest. de verbor. obligat.* Nam ibi stipulatio hæc; *Vinum aut triticum quod in horreo est, dare spondes?* certa est: Hæc vero, *quod mihi Seius debet*, incerta est. Et hoc est quod dicit noster Treutlerus *in d. l. 5. & l. 59.* relationem fieri ad testamentum & ad formulam petitionis exindeque sententiam, quæ incerta appareat, certificari.

Quæ. 17. *An litis contestatio fiat per affirmatiuam ad libellum responsionem?* Lit. B.

Litis porro contestatio ad sententiam, vt valida sit atq; legitima, omnino requiritur; quoniam est lapis angularis ac fundamentum iudicii; ideoq; de ipsa ordinis iudiciarii substantia *l. 1. & Authen. offeratur C. de litis contestat.* vnde nec partium consensu, nec iudicis authoritate omitti potest, sed omissa vitiat processum & sententiam latam reddit ipso iure nullam *cap. vnic. extr. de litis contestat.* Etenim iudicium non intelligitur cœptum ante litis contestationem: nec causa principalis dicitur in iudicium deducta, & sic super ea iudex pronunciare non potest, quoniã de qua re iudex cognouit de ea quoq; pronuntiare potest. *l. de qua re. ff. de iudic.* Sed de hac re supra disput. de iudiciis prolixius actum fuit.

Illud hic in controuersiam vocatur, anne reus affirmatiue ad libellum respondendo litem contestari dicatur? Equidem omnem litis contestationem esse negatiuam placet Donello *24. comm. 1.* & ibi Oswaldo, Hilligero, Georgio Obrechto *d. tractat. de litis contestat. c. 2.*

Pro qua sententia facit primo *l. 14. §. 1. C. de iudic.* vbi ad litis contestationem expresse requiritur narratio Autoris & CONTRADICTIO REI. Diuinatoriũ vero est, quod Gœdd. scribit Imperatorẽ illic de specie solum litis contestationis; negatiua videlicet litis contestatione, loqui pro ratione materiæ subiectæ.

2. Quia si reus fatetur id, quod actor contra eum proposuit, nulla prorsus lis apparet, nulla cõtrouersia, & propterea nec litis contestatio facta dici potest, quia confessione lis non producitur, sed potius tollitur.

3. Quia vbicunq; lis cõtestatur, ibi definitiua sentẽtia speratur, argum. *l. de qua re. 74. ff. de iudic.* Atqui cũ intentionem actoris fatetur & admittit reus, sententia definitiua sperari non potest, quia, vt dictum est, confessione rei lis non producitur, sed potius tollitur, definitiua autẽ sententia ferri non potest, lite sublata, sed ad finem perducta. *l. 1. ff. de re iudic.*

4. Quia *in l. Si reus 73. ff. de procurator.* expresse Paulus asserit; Si reus paratus sit, ante litem contestatam pecuniã soluere; iniquum esse eum cogi, vt iudicium accipiat, hoc est litem contestetur.

5. Quin & ratio naturalis cuiuis dictitat litẽ esse non posse, nisi vnus affirmet & alter neget: nam cũ à cõtestatione hac lis oriatur, indeq; initiũ conflictus ac cõcertationis iudicii fiat, de qua re lis non apparet, de eadem nec cõtestata dici potest: cũq; res affines sint iudiciũ ac prælium, sicuti certamẽ nõ init, qui deditione in hostiũ potestatẽ venit, ita nec qui fatetur, iudicium accipit *l. 71. §. 2. de legat. 1.*

6. Postremo in *Nouella 53. c. 3. versic. Sancimus*, dicitur sese liberare ab intentione aduersarii sui, qui debitum fatetur atq; agnoscit, nulla proinde litis contestatio fieri potest confessione rei.

Sed tamen ab hac sententia recedunt multi eruditi ICti, pragmatici præsertim, statuentes litem non solum negatiue, sed affirmatiue quoque contestari, duplicemque esse litis contestationem, affirmatiuam & negatiuam. Gœdd. ad *l.36. de verb. significat.* Rosbach. in praxi ciuili *titul.* 49. *num.* 6.

Affirmatiuam litis contestationem aiunt fieri, quando ad narrata & deducta in libellum verbis affirmatiuis, claris & perspicuis respondetur à reo animo contestandi litem, **in Gemüth vnd meinung den Krieg Rechtens mit ja zubefestigen.**

Et hanc rursus faciunt duplicem, vel puram, siue simplicem, vel conditionatam: quarum illa dicatur, qua reus simpliciter libellatam actoris intentionem fatetur, & nullam exceptionem vel conditionem obiicit, sed se ad solutionem & præstationem eius, quod petitur, recta offert. Conditionatam vero appellitant, qua non ita simpliciter, sed modo, conditione & qualitate quadam obiecta lis contestatur, vt si exceptio aliqua obiiciatur, qua actoris intentio excludatur.

Negatiuam vero litis contestationem eam vocant, qua narrata & deducta actoris intentio in libello negatur.

Et pro hac sua distributione hasce rationes proferunt.

1. Quando reus ita respondet, vt iudex pronunciare possit, tum lis est contestata: at confitente reo intentionem actoris iudex de causa pronunciare potest, ergo confessione rei interueniente lis est contestata & consequenter litis contestatio confessione rei fieri potest.

2. In *l.2. Cod. de iureiur. propter calumniam, & l. vnic. C. de litis contestatione.* litis contestatio simpliciter ex narratione & responsione fieri dicitur: atqui responsio fit etiam confitendo. Et si nunquam fieret nisi per negatiuam responsionem litis contestatio, quid oportuit tam generalibus verbis hoc negocium definire, quod specialius, breuius, clarius & melius per negationis expressionem, vtpote potiorem formæ partem debuisset & potuisset expediri?

3. Agnitio debiti, coram iudice petiti, habet vim litis contestationis, quia non minus, atque vera litis contestatio, præscriptionem interrumpit, *l. cum notissimi* 7. §. *imo & illud. C. de præscript.* 30. *vel* 40. *annorum.* At agnitio debiti est instar confessionis, quia, qui agnoscit debitum, fatetur se ad soluendum teneri. Ergo confessione fit litis contestatio.

4. Idem confirmari putant *l. si conuenerit. ff. de re iudicata. l. tale pactum.* 40. *ff. de pact.* nam cum in hac quæstione lis accipiatur pro ipsa actione, siue ea in rem, siue in personam sit *in l. SCtum.* 5. §. *penult. Digest. ad SCtum Turpill. l. causas vel lites. C. de transact.* & actio possit esse inter consentientes, adeo vt conuenire liceat, quid à iudice pronunciari debeat *d. l. si conuenerit.* consequens est, quod etiam litis contestatio inter consentientes existere possit.

Postremo hanc eandem sententiam confirmari putant *l. 73. ff. de procurator.* vbi, si reus paratus sit procuratori ad litem, cui non recte soluitur, *l. hoc iure.* 86. *ff. de solut.* pecuniam petitam ante litem contestatam soluere, respondetur itbere debere præsidem pecuniam in æde sacra deponere, atque ita non cogetur litem suscipere. Quod si igitur non offerat nec deponat, vtique cogetur litem suscipere, vi argumenti à contrario sensu, quod in iure firmissimum est.

Cæterum hanc posteriorem sententiam, vtut videatur niti probabilibus rationibus, non tamen veram esse existimo, propter fundamenta in contrarium paulo supra adducta.

Nec moueor rationibus modo recensitis:

fitis: nam ad primam respondetur, maiorem propositionem esse falsam, quia ad litis contestationis formam non pronunciatio iudicis, sed intentio actoris & contradictio rei necessaria est, *l. 14. §. 1. C. de iudic.* itaq; vbi hæc forma non obseruatur, lis contestata dici nequit, quia, sublata rei forma, res ipsa tollitur: imo pronunciatio iudicis lite demum contestata & ad conclusionem deducta, locum habet *l. 1 ff. de re iudicat.* Confessus autem pro iudicato habetur, quia propria quodammodo sententia est condemnatus, *l. 1. ff. de confessis.* Et propterea cessant partes iudicantis iudicis & succedunt partes magistratus cogentis, vt confessus præstet, quod est confessus; ita pulchre Obrechtus *d. loco.*

Ad secundum argumentum ex *l. 2. C. de iureiur. propt. calumn. & l. vnic. C. de litis contestat.* petitum, respondetur, id, quod in ftis legibus responsio dicitur, hoc *in d. l. 14. §. 1. C. de iudic.* melius explicari & contradictionem appellari, ex hac itaque lege istos textus interpretationem recipere, cum & alias in legibus interpretandis hoc perpetuo obseruetur, vt textus obscure loquens explicetur & textus generalis ex speciali & distinguente interpretationem recipiat.

Ad tertium argumentum respondet Obrechtus, illud vitiosum esse, & quatuor habere terminos, quia aliud sit in conclusione, quam in præmissis, cum conclusio talis esse debeat: ergo confessio vim habet litis contestatæ. Hac vero conclusione nihil detrahi sententiæ nostræ, siquidem si confessio habeat vim litis contestatæ, proprie dici non possit litis contestatio; sicut preces, imperatori oblatæ, pro litis contestatione habentur, *l. 1 & 2. C. quando libell. prin dat.* & tamen proprie non sunt litis contestatio.

Ad quartum respondetur, nomen litis in præsenti materia non significare actionem, sed controuersiam quæ in iudicio agitatur, vt ex superiori litis contestationis definitione relucet. Deinde actionem inter consentientes agitari, concedendum minime videtur, quia actio est ius persequendi in iudicio, *princ. Instit. de act.* atqui volentem & consentientem non persequi, dici non potest: nec bona consequentia est, si quis ita argumentetur: conueniri potest inter litigantes quid à iudice pronuncietur: ergo inter consentientes est actio: nam argumentum procedit à separatis & diuersis.

Ad postremum respondetur, etsi alias argumentum à contrario sensu sit validum, arg. *l. 1. ff. de offi io eius.* non tamen concludere, cum textus in contrarium sunt expressi, atqui *in d. l. 14. §. 1. C. de iudic.* expresse requiritur contradictio atque negatio aduersarii seu rei.

Quocirca his ita remotis, statuendum firmiter videtur, nullam esse affirmatiuam litis contestationem puram, siue simplicem, qua pure & simpliciter actoris intentionem admittat reus.

Quod vero ad conditionatam litis contestationem affirmatiuam attinet, fateor equidem, quod litem contestetur, qui exceptionem aduersario opponit; cæterum ipsum affirmatiue litem contestari, nego & pernego; idq; hisce de causis.

1. Quia, qui intentionem actoris elidit, ille eam fateri atque admittere dici non potest, atqui reus, exceptionem actori obiiciens, actionem atque intentionem actoris elidit & excludit, *l. 2. ff. de except.* vbi Vlpianus ita scribit: *Exceptio dicta est, quasi quædam exclusio, quæ opponi actioni cuiusque rei solet, ad excludendum id, quod in intentionem condemnationemue deductum est.* Sequitur proinde illum, qui exceptionem opponit, minime intentionem aduersarii fateri aut admittere.

2. Quicunque aduersarii intentio-

 ni &

ni & desiderio contradicit, is non potest dici affirmatiue litem contestari: atqui exceptionem opponens actori, eius contradicit intentioni: ergo reus, dum opponit exceptionem, non contestatur litem affirmatiue, sed negatiue.

Assumptio manifesta videtur, & hoc exemplo amplius declaratur: Titius dicit Sempronium sibi debere decem ex contractu emptionis-venditionis, neq; decem sibi præstari petit: Sempronius vero fatetur quidem, se cum Titio emptionem-venditionem contraxisse, sed ideo se condemnandum negat, quia pactum inter se & Titium fuerit de non petendo interpositum: Ecce hic intentio hæc est, vt Sempronius sibi decem præstet ex contractu emptionis-venditionis, ad eaq; præstanda condemnetur à iudice: at huic intentioni contradicit Sempronius, dicens se ad ea decem, quæ petita sunt, Titio minime teneri, quia is pacto promiserit se non petiturum, & ideo se ab intentione & petitione aduersarii sui absolui postulat: præstare & non præstare, condemnari & non condemnari, seu absolui sunt contradictoria, vnde reus exceptionem obiiciens actori non potest dici confiteri & admittere intentionem aduersarii, cum aperte ei contradicat: fatetur quidem se emptionem contraxisse, sed hæc non est intentio actoris, verum causa tantum intentionis, quam tamen & ipsam ita admittit, vt eam excludat & elidat, opposita exceptione.

3. Obseruandum insuper est, quod reus excipiens, dicitur impugnare exceptionem. §.1. *Inst. de except.* se aduersus intentionem actoris defendere, *§.2.3. & 4. Inst. eod. tit.* quodque actiones peremptoriæ dicuntur actionem & intentionem actoris perimere *§.9. eod. tit.* Quæ vniuersa atque singula efficiunt, reum, qui exceptionem opponit, non consentire actori nec fateri & admittere eius intentionem, sed ei maxime contradicere.

Sunt denique qui statuant affirmatiuam litis contestationem esse ex parte actoris: negatiuam vero ex parte rei negantis, atq; hinc duplicem litis contestationem statuendam esse; quæ sententia & ipsa subsistere nequit.

Nam obseruandum hanc non esse diuisionem generis in suas species, sed partionem potius totius in partes; cum narratio actoris, non sit litis contestatio, nec species litis contestationis, sed eius duntaxat pars quædam: Responsio item actoris non sit per se litis contestatio, sed pars saltem litis contestationis: cum litis contestatio sit narratio actoris, & responsio siue contradictio rei *l. 2. C. de iureiur. propt. calumn. l. vnic. C. de lit. contest. l. 14. §. 1. C. de iudic.* vt proinde qui hoc modo atque respectu litis contestationem duplicem esse dicit, affirmatiuam & negatiuam, is litis contestationem non diuidit, sed partitur. Et quod sola narratio actoris & sola responsio rei non constituat litis contestationem, sed ad eã contestandam vtraque simul & coniunctim requiratur, probat perspicue supra adducta litis contestationis definitio, quæ nec soli actoris narrationi, nec soli rei responsioni & contradictioni conuenit.

Requiritur deinceps adhoc, vt sententia sit legitima, probationes esse auditas. *Lit.* C Cum enim probationes ad hoc spectent vt per eas iudex de causa instruatur ac informetur, sententiam autem iustam, veram ac legitimam ferre non possit de causa non instructus, nec informatus, idcirco sententia, quam fert, non auditis probationibus nullius momenti est.

Excipitur tamen causa notoria quam non probationem, sed allegationem duntaxat requirere notum est. Item excipitur casus, quo in contumaciam proceditur; tunc enim causa ex parte actoris pro probata habetur, sed de hoc supra

pra in disputat. de probationibus nonnihil dictum fuit.

Illud certum ineptam plane esse hanc sententiam atque inualidam, qua iudex ita pronunciat; *Condemno si est probatum.* Tum quia sententia hæc plane incerta est, nec ex actis certificari potest; cum iudicis sit æstimare vtrum probatum sit intentio actoris, an minus. Tum quia iudex pronunciare non possit nisi probationibus sit instructus adeoque reuera probatio actoris præcesserit; quandoquidem probationes sunt pars substantialis processus iudicarii: Quomodo ergo iudex sententiam feret quando, vtrum probatū sit, incertus est. Hinc eum Cæsar Claudius pronunciasser, secundum eos, se sentire, qui vera proposuissent, referente Suetonio in Claudio contemptui habitus fuit. Et certe huiusmodi sententia nihil præter meram principii repetitionem continet, cum hoc ipsum sua sententia diiudicare debeat vtrū actor vera proposuisset, suamq; intentionem prout oportuit, probasset.

Lit. D. Sed & causæ cognitionem præcedere oportet sententiam: Quomodo enim iudex statuet & iudicabit de causa, de qua non cognouit? Et hoc est quod *in l. 3. ff. de testib. l. 7. C. de fideicom.* asseritur, iudicem debere ex re nata, perpensis diligenter omnibus facti circumstantiis, de causa & re controuersa statuere: Addidit noster Treutl. & hanc rationem quod causa sit ipsa sententiæ materia; & propterea hac non perspecta nec cognita iudex nulla ratione sententiam ferre queat.

Et hanc sententiam perspicue confirmat textus *in cap. Nullum. caus. 30. q. 5.* vbi Euaristus Papa ita scribit: *Num ante veram iustamq; probationem iudicare aut damnare debemus, teste Apostolo, quia ait: Tu quis es, qui iudicas alienum seruum? domino suo stat aut cadit. Mala itaque audita nullum moueant, nec passim dicta absque certa probatione quicquam vnquam credat, sed ante audita diligenter inquirat, nec præcipitando quidquam aliquis agat.* Et *in sequent. cap. iudicantem 11. Iudicantem oportet cuncta rimari & ordinem rerum plena inquisitione discutere, interrogandi, respondendi obiiciendiq; ne præbita patientia ab eo, vt ibi actio ambarum partium illuminata sit pleniter: Nec litigantibus iudex prius velit sua sententia obuiare, nisi quando ipsi peractis omnibus, nihil habeant in quæstione quod proponant & tandiu actio ventiletur quousque ad rei veritatem perueniatur: Frequenter interrogare oportet ne aliquid prætermissum fortasse remaneat, quod annecti conueniat.*

Perspicuum igitur est quod probationibus non auditis, nec causa prope cognita, sententia ferri nequeat.

Et ex hisce textibus iuris pontificii Author noster concludit quod nec ferri sententia possit, antequam in causa à partibus sit conclusum. Nam pontifex tunc demum vult à iudice pronunciari quando litigantes, peractis omnibus, nihil amplius habeant in quæstione quod proponant. Quæ. 16. *An sententia ferri possit ante conclusionem in causa?*

Iam vero in causa conclusum dicitur quando vtrinque probationibus & allegationibus renuntiatur *cap. Pastoralis de causa possess. & proprietat.* Iason. *in l. admonendi n. 52. ff. de iureiur.* vnde post cōclusionem in causa probationes amplius non admittuntur Felin. *in cap. cum dilectus. extr. de fide instrum.* Andr. Gailius *lib. 1. obseruat. 507.* Idemque conclusione in causa os partibus clausum esse dicitur Gail. *d. lib. 1. obseruat.* 108. Quocirca nisi in causa sit conclusum atque per hanc conclusionem renuntiatum sit probationibus & partibus os clausum iudex pronuntiare nequit. Cum ipsi constare non possit vtrum litigantes omnia peregerint nec habeant amplius quod proponant & quo suam intentionem confirment.

Verum

Verum Andr. Gailius *d. obseruat.* 107. Conclusionem in causa non esse de substantia processus, sed absque vitio nullitatis sententiæ omitti posse, post Gloss. *in clem. sæpe. §. sententiam, in verb. conclusione. de verbor. significat.* Zabarel. *ibid. in §. & quia num.* 20. Rotam *decis.* 1. *num.* 1. *de testib.* Marantam *part.* 4. *distinct.* 9. expresse scribit, Conclusionem etiam in causis ordinariis magis de cõsuetudine, quam de substantia processus esse statuens. Quanquam in Camera Imperiali nullam sententiam publicari ne interlocutoriam quidem nisi in causa legitime conclusum sit, moneat; adeo vt parte alterutra concludere nolente, iudex ea inuita in contumaciam ex officio causam pro conclusa acceptare & in principali pronunciare queat.

Et hanc sententiam in Camera receptam iuri etiam communi per omnia esse consentaneam, & ideo retinendam, arbitror, secutus Damhuderum *in prax. ciuil. cap.* 191. *num.* 8. Bald. *in Margarita. in verb. renunciatio.* & Petr. Gilcken. *in Auth. iubemus. C. de iudic.*

Quæ opinio etiam vlterius confirmatur per *d. Authen. iubemus.* Hic enim sancitur, post interrogationem iudicis, num quid noui addere desiderent, iudex ferre sententiam non potest, nisi vtraque pars allegationibus renunciauerit, vel dilatio ex ordine data sit, quę vim renunciationis habeat: Hanc autem renunciationem esse conclusionem in causa docet ipse Gail. *d. loco.* Sequitur proinde quod conclusio in causa sit pars processus ordinarii substantialis, ac consequenter sine vitio nullitatis sententia, nulla præcedente causæ conclusione, ferri nullo modo possit.

2. Idem etiam probant *cap. cum dilectus. extr. de fide instrum. cap. pastoralis. extr. de caus. poss. & proprietat. cap. auditis. extr. de procur.* in quibus locis effectus conclusionis hic constituitur, vt nullæ allegationes amplius admitti possint; & instrumenta amplius exhiberi nequeant, vt nec aliæ probationes adduci valeant.

3. Insuper cum in controuersiis, quæ sine strepitu & figura iudicii agitantur, speciale sit vt causæ conclusio non requiratur. *clementin. sæpe contingit de verbor. signific. §. sententiam.* consectarium est, in contrarium esse ius commune. *l. qua vero. ff. de legib.*

4. Denique cum styli & consuetudo optima sit legum interpres *l. cum de interpretatione. ff. de legib.* Et stylo curiarum bene institutarum ita sit comparatum vt conclusio causæ adhiberi soleat, vt de tribunali Spirensi testantur Andr. Gail. *d. obseruat.* 107. *num.* 2. Mynsinger. *cent.* 3. *obs.* 17. *num.* 6. Emericus à Rosbach. *tit.* 70. *num.* 8. De generali vero consuetudine ac stylo testetur Panormitan. *in cap. cum I & A. num.* 12. *de sent. & re iud.* recte concludi videtur quod ante conclusionem in causa ex iuris communis dispositione stylo & consuetudine sententia à iudice minime ferri queat.

Præterea ad sententiam requiritur vt de scripto legatur & recitetur à iudice; id quod & supra *sub thes.* 2. *lit.* C. monuimus, & diserte comprobat *l.* 1. *C. de sent. ex breuic. recit.* Nam ibi Impp. *Arbitri*, inquiunt, *nulla sententia est quam scriptam edidit litigatoribus, si non ipse recitauit: Si igitur nihil fallis, omissa prouocationis mora, ex integro iudicari impetrabis à Rectore prouinciæ.* Et *in sequent. l.* 2. *eod. tit. Hac lege perpetuo credimus ordinandum, vt iudices quos cognoscendi & pronunciandi necessitas tenet, non subitas, sed de liberatione habita post negotium sententias ponderatas sibi ante forment & emendatas statim in libellum secura fidelitate conferant scriptasque ex libello partibus legant; sed nec sit eis postbac copia corrigendi, &c.* Lit. E.

Modo allegatam rubricam ambiguæ esse lectionis, & in quibusdam exemplaribus legi *de sententiis ex periculo recitandis.*

Quæ. 19. *Quidnam sit breuiculum?*

tendis: In quibusdam vero, *de sententiis ex breuiculo recitandis*, notum est: Qui posteriorem sententiam & lectionem amplectuntur sollicite inquirunt quidnam per breuiculum intelligi debeat? Et illorum receptior & verior est sententia qui statuunt per breuiculum intelligi chartam siue tabellam de qua iudex sententiam legat & recitet: Hoc quippe primo ipsa Imperatorum intentio satis innuit, tractant quippe sub illo titulo quemadmodum sententiæ ex scripto recitari debeant: Recitare igitur sententiam de breuiculo nihil aliud est quam de charta cui inscripta erat sententia, eam legere & recitare. Breuiculum porro, ait Alciatus *l. dispunct. 21.* diminuta forma deduci à breui, hoc est à schedula seu scriptura. Vnde Imperator Valentin. Valens & Gratian. *in tit. Cod. de conuenend. fisci debitoribus lib. 11.* Inter chartulas, aiunt, confiscati cuiusdam breuis asseueratur inuentus.

Qui autem priorem lectionem retinent, rationē eius istam adferunt, quod sub eo titulo tractetur quomodo iudex absque sui periculo possit proferre sententiam. Sed hæc interpretatio perabsurda est. Tum quia rubrica non sic est concepta, *de sententiis sine periculo recitandis*, sed, *de sententiis de periculo recitandis*: paria autem & æquiualentia esse, *de periculo sententiam recitare*, &, *sine periculo sententiam recitare*, nemo fortassis hominum credet. Tum quia sub legibus illius tituli nihil quicquam habetur de ratione & modo, quo iudex absque corporis sui periculo, ne scilicet à victo & contra quem sententia profertur, lædatur, sententiam pronuntiare queat. Iacobus Cuiacius per *periculum* intelligit libellum ex latiori scriptura contractum. Et quod periculum significet latine loquentibus libellum, probare videtur locus Æmylii probi in Epaminondam, *unum*, inquit, *à iudicibus petiuit, vt in periculo suo conscriberent: Epaminondas à Thebanis morte mulctatus est.*

Sed Hottomannus pro *periculum* legit *sepulchrum*, propterea quia Plutarch. testetur Epaminondam petiisse vt in sepulchro suo perpetuæ memoriæ causa scriberetur; quo vniuersa Græcia intelligeret Lacedæmonios Epaminondæ opera à Thebanis esse superatos. Tum etiam quia verisimile nō est Epaminondam voluisse prædicta verba iudices in libello sententiæ suæ adscriberent, quæ momento temporis deleri extinguique possint, & solis iudicibus aut solis ciuibus Thebanis nota essent.

Sic etiam non obstat quod Cicero in orat. de re frumentaria scribit: *Ordo scribarum est honestus, quis negat? Est vero honestus: quod eorum hominum fidei tabulæ publicæ periculaq; magistratuū committuntur.*

Hoc quippe in loco ait Hottom. vocem illam *periculum* non ad scripturam aliquam & breuem libellum, sed potius ad discrimen, quod ex periculoso iudicii euentu potest alicui accidere, referendam esse. Cum enim prouincialium magistratuum administratio literis diligentissime consignaretur vt non modo ratio Senatui reddi, verum etiam si repetundarum ageretur accusatoribus, satisfieri posset; idcirco quibus illarum tabularum custodia committitur, committi periculum dicitur, non quia tabulæ ipsæ sint periculum, sed figura Rhetoribus familiari, vt cū caput nostrum alicui nos committere dicimus cui vitam, fortunas, existimationem committimus.

Denique non refragatur locus Ciceronis *in lib. 1. de Legibus*. vbi hæc verba habentur: *Qui in isto periculo non vt poeta veritatem exigant.* Nam Hotomannus ibi pro periculo legit libello, quam lectionem in communi & constanti exemplarium lectione fundatam putat. Quocirca neque ex iure, neque ex alio quo-

CCCc piam

piam probato scriptore latino vllus proferri potest locus, in quo periculum significet libellum.

Lit. F. Recitari & pronuntiari à iudice sententia debet in loco iudicii consueto per textum *in l. vlt. ff. de Iust. & iur. l. 5. C. quom. & quand. iud.* Excipitur tamen casus necessitatis, vt si propter imminẽs periculum in loco solito non possit sententia à iudice recitari; dũ extra locũ iudicii consuetum, in loco tutiore ea pronuntiari poterit Baptist. Villalob. *de commun. opin. lit. S. n. 45.* vbi ait, sententia, licet pronuncianda sit in loco maiorum, tamen propter necessitatem imminentem posse eã proferri super turrim & ad hoc allegat Iasonem *in l. Ab antiquis. C. de testam.* & ratio est quod non sit de substantia processus vt præcise in loco, in quo ordinarie iudicari solet, partibus prælegatur, sed sit magis quædam solennitas, quæ in casu necessitatis rem ssa intelligitur.

Excipitur præterea sententia à delegato iudice concepta; hæc enim in quocunq; loco non suspecto nec litigantib. incommodo pronunciari potest *l. 56. ff. de iudic.* Quanquã ea lex significare videatur quod delegatus in consueto iudicii loco iudicare debeat; si ipsi non sit certus aliquis locus expresse designatus vbi iudicare debeat. Insuper ferri sententia debet interdiu: Noctu proferri non potest Vant. *in tractat. de Nullit. tit. de Nullitat. ex defect. iurisdict. n. 132. versic. sine exemplum ponas.* Menoch. *l. 1. arbitr. iud. quæst. 62.* Rationes autẽ & fundamẽta hæc adferũtur.

Lit. G. Quæ. 20. *An sententia etiam noctu possit proferri?*

1. Ad ferendam, inquiunt, sententiam partis præsentia requiritur: præsens autẽ nemo potest esse, nisi ad iudicem eat: ire autem tempore nocturno per ciuitatis plateas quis prohibetur *l. Itinere. ff. commun. præd. l. hoc edictum. ff. de his qui deiecerunt vel effud.*

2. Per textum *in c. consuluit. 24. extr. de offic. delegati.* vbi Pontifex ait: *Ne vero iudicium Ecclesiasticum exerceatur in tenebris, quia iuxta testimonium veritatis, qui male agit, odit lucem: Licet enim secundum consuetudinẽ & constitutiones legitimas more Romano dies à medietate noctis incipiat, in medio noctis definat subsequentis (vnde quod in duabus dimidiatis noctibus agitur, perinde sanxit habendũ legalis auctoritas, ac si qualibet parte lucis agatur) nos tamen eam procedendi horã congruam intelligimus, ex qua possit ante noctis tenebras perficere quod incũbit.* Vult proinde pontifex noctu non esse iudicandum sed interdiu.

3. Idem quoq; relucet *ex Nouell. 82 c. 3.* vbi Iustinianus hoc modo scribit: *Sedebunt autẽ hi pedanei iudices continue & nunc in regia basilica, in quibus & nunc domunculis iudicant, matutino mox & meridie & vespera audientes causas: designat hic Imperator tempus quo iudicari debeat: Nocturni vero temporis nullam prorsus mentionem facit.*

4. Deniq; quod nocturno tempore recitari sententia non debeat hac etiam ratione firmatur, quod ad promulgandam sentẽtiam, necessaria sit citatio partium, prout in fine huius thesis ostẽditur adeo vt omissa citatione nulla sit sentẽtia etiamsi pro absente parte fuerit lata *l. Ea quæ. C. quomodo & quando* Andr. Gail. *1. obseruat. 109.* Atqui ad tempus nocturnum citatio fieri non potest. Sequitur proinde nec sententiam nocturno tempore promulgari posse.

Et quanquam sint nonnulli qui statuũt et si sententia de nocte ferri non possit. Si tamen noctu prolata fuerit, eam valere & ratã esse; Eo quod multa, quæ fieri non debent, si facta sint, subsistant & valeãt. Menoch *d. quæst. 62. n. 1. & 2* Et ideo valeat eiusmodi sententia de nocte lata, nisi pars aduersa appellet. Hæc tamen opinio satis refellitur ex textib. supra adductis, qui satis innuũt nec latam sentẽtiam valere, sed nullius momenti esse. Et sic post Petr. Duennam *reg. 58. part. 1. & reg. 188. & 192. part. 2.* Matant. *in specul. part. 6. n. 92.* Dec. *in d. c. consuluit n. 109. de offic. delegat.* statuit Polydorus Ripa *tractat. de Nocturn. tempore c. 134. num. 18.*

Sic etiam quanquam nonnulli statuant, Iudices non quidem cogi noctu pro tribunali sedere ac pronuntiare, posse tamen, si velint, etiam noctu iudicare eoque modo interpretentur *d. c. consuluit. extr. de offic. delegat. & d. Nou. 82. c. 3.* Tamẽ nec ea sententia admitti potest; Maxime idcirco quia in ad ductis textibus iuris ciuilis ac pontificii disponitur horam noctis esse tempus incongruum ad ferendam sententiam: At sententia incõgruo tempore non potest pronuntiari.

Adhæc consideranda est ratio illorum textuum, quæ duplex est.

1. Qu a ibest periculum falsi cum nocte iudicatur; qui enim male agit odit lucem *d. c. consuluit.*

2. Quia debet pars citari ad audiendum recitari sententiam: At cogi non potest noctu vagari. Quæ rationes eiusmodi sunt vt propter eas iudex non solum cogi non possit noctu ferre sententiam, sed nec volens queat.

Non etiam desunt qui distinguant, vtrum is, contra quẽ sententia ferẽda est, præsens sit an vero absens: Vt priori casu valeat de nocte prolata, posteriori vero non item. Propterea ꝙ in præsente, cum citandus nõ sit superioris prohibitionis ratio deficiat. Alciat. *in l. Non minorem n. 4. C. de transact.* Menoch. *d. q. 62. num. 4.*

Veruntamen sententiam hanc recipiendam non existimo quia textus adducti generales sunt & indistincte loquuntur: Deinde quia etsi cessaret in præsente vna ratio, non tamẽ deficit in eo altera ratio ex præsumptione falsitatis desumpta.

Relinquitur proinde quod sententia noctu lata sit nullius momenti.

Nec ei resistit quod res iudicata & transactio æquiparentur *l. 20. C. de transact.* Transactio autẽ possit noctu nõ minus quã interdiu fieri *d. l. 20.* vbi dicitur: *Nec enim ad rescindendũ pactum sufficit, quod hoc secunda hora noctis intercessisse proponas, cum nullum tempus sanæ mentis maioris viginti quinq; annis consensum repudiet.* Nam cum quæritur quinam actus noctu celebrari & fieri possint? distinguendum ait Gilcken. ad *d. l. 20.* inter actus necessarios & volũtarios: Vt in volũtariis nõ referat, vtrũ die aut nocte suscipiãtur modo cõsensus contrahẽtiũ vtrinq; suffragetur: In actu autẽ necessario, veluti iudiciali secus sese res habeat, nec valeat nocte gestus: Cũ enim huic tempus diuturnum præfinitũ ac destinatũ sit, ideo quod extra tempus istud geritur, nullius erit momẽti *l. scire oportet. §. Consequens. ff. de excusat. tutor. d. c. consuluit, extr. de offic. delegat.* Etsi proinde sẽtẽtia, siue res iudicata, quoad vim & effectũ inuicẽ cõferantur, quia tamen sententia non est voluntarius sicut transactio, sed actus necessarius; idcirco idẽ, quoad præsentem quæstionẽ, in sententia, ꝙ in transactione constitui nõ potest. Cæterũ huius regulæ ꝙ sententia de nocte prolata non valeat quædã fallẽtiæ, siue exceptiones à D.d. adducuntur. 1. Prima est si loci alicuius consuetudine vel statuto sit introductum & receptũ vt sententia possit nocturno tempore æque atq; diurno ferri. Huiusmodi quippe cõsuetudinẽ vel statutũ valere, verius est Vant. *in tractat. de Nullit. tit. de Nullit. ex defectu iurisdict. n. 132.* Iason. *in l. 7. n. 13. ff. de feriis. Nonnus in §. omnis. Inst. de verbor oblig at.*

Nec refragatur quod consuetudo eiusmodi sit contra sacros Canones & leges ideoque non valeat *cap. fin. extr. de consuet. Felin. in d. cap. consuluit. n. 18.*

Nam iura & canones, sententiam de nocte ferri prohibẽtia, causa saltẽ particulari & priuata vtilitate nitũtur & ideo per consuetudinẽ illis renunciari & derogari potest. Deinde legibus ciuilibus consuetudine siue ius nõ scriptũ derogare posse certum est § *penult. I. de Iure Nat. gent. & ciuil. l. 32. ff. de legibus.* Quin & Canonibus pontificiis derogari per cõsuetudinem certũ est: Nec hoc tã infirmat, quam confirmat *cap. final. de consue. ubi*

Nam illic permittitur haut obscure per consuetudinem positiuo iuri derogari si modo consuetudo rationabilis sit & legitime præscripta.

Secunda exceptio præfatæ regulæ hæc est; Nisi iudex multitudine causarum & varietate negotiorum ita sit occupatus, ita obrutus vt interdiu sententiam proferre ipsi integrum non sit;tunc enim de nostu ipsi pronuntiare licere autumant. Menoch.*d.q.62.num.3.*Vaut.*d.tit.de Nullit.processf.ex defect.iurisd.n.132.* Nonius *ad d.§.omnis.*

Verum hanc exceptionem reiicit Felin.*in d.cap.consuluit.n.18.vers.secundo fallit.extr.de offic.iud.delegat.*hac de causa quod, si periculum in mora est, differre potest in diem sequentem per text.*in d.cap.consuluit.*

Tertia exceptio est si res sit tempore peritura, adeoque periculum sit in mora. Nam cum hisce duobus casibus aliquis diebus feriatis ius reddere possit *l.1.2.& 3. ff. de iurisdict.* inconueniens non est, si nocturno etiam tempore necessitate rei efflagitante, iudex pro tribunali sedeat & sententiam proferat Menoch. *d.q.62.n.5.*Bartol.*in l.More ff. de feriis.* ibidemque Iason *n 12.* Alciatus, Bald. Salicet & Petr.Gilcken.*in d.l.20.Cod.de transact.*Medices *de casib fortuit.part.1.q.6.*

Quarto idem statuendum censent quando iudicantis expiratura esset iurisdictio; quoniam & tunc periculum est in mora , necessitatis casus vrget & feriatis quoque diebus sententia ferri potest. Nonius *ad d.§.omnis.n.23.*ibidemque Portius *num. 21.* Alciat.& Gilcken. *in d.l.20.*

Quinta exceptio est si partes consentiant vel expresse vel tacite : Nam horum consensu iudicem de nocte sententiam promulgare posse fere communis est sententia Felin.*in cap.consuluit.nu.18.* Salycet.& Alciat.ad *d l 20. C. de transact.* Iason.*in d.l.More.ff.de feriis.*Bald.*in l. eos.* §. *fin autem.num.8.Cod de appellat.* Ratio autem huius exceptionis in eo consistit quod consensu partium interueniente cessent rationes, ob quas supra dictum est non posse de nocte ferri sententiam: volentes enim de noctu etiam citari & iter facere possunt: Et si falsi quid occasione noctis & tenebrarum irrepat, hoc ad illorum iniuriam spectare non potest, cum volentibus ac consentientibus non fiat iniuria.

Quanquam hæc exceptio non arrideat Gilckenio : quia cum hic non consideretur sola vtilitas litigantium quibus quiescendi tempus concedi debeat, sed agatur etiam de auctoritate iudicii, quam iudex omnino cordi habere & tueri debet *l.obseruandum.ff.de offic. præsid.* & deinde certum tempus ipsi præfinitum sit, quo huiusmodi altercationes dirimi debeant, *d.Nouell.82.cap.3.* Idcirco solus consensus partium ad hoc non sufficiet vt iudex de nocte possit sententiam promulgare.

Sextam exceptionem, constituunt in delegato hunc enim aiunt etiam noctu pronunciare posse *Nonius ad d. §. omnis.l.de verbor.obligat.*Paulus de Castro *in d.l.Non minorem,20.C.de transact.*

Sed bene hanc exceptionem improbat Felinus *in d.cap.consuluit n. 18.vers. est verum.de offic. delegat.* Nam præterquam quod textus supra adducti generales sunt, nec inter ordinarium & delegatum quicquam distinguunt, obseruari etiam debet quod eædem rationes ob quas ordinarius iudex nocturno tempore pronunciare non potest, procedant & locum habeant etiam in delegato: Vbi autem eadem est ratio, ibi quoque eadem est iuris dispositio.

Septimam exceptionem aiunt locum habere in parte contumace; Nam quando alterutra pars contumax est, quoniam non, nisi de vrbanitate citanda est, idcirco de nocte ferri sententia potest:

Cum.

Cum enim nec citanda sit, nec præsentia eius desideretur nihil prohibet de nocte ferri sententiam: vtpote ratione prohibitionis cessante.

Lit. H. Sed nec hæc sententia sine magna difficultate sustineri potest, quoniam etsi vna deficiat prohibitionis ratio, altera tamen adhuc obtinet, ea, inquam, quæ ex falsi periculo & præsumptione desumitur. Vt taceam quod non solum ipsorum litigantium vtilitas, sed etiam iudicii publici auctoritas in cõsiderationem hic veniat eiusque ratio haberi debeat.

Lit. I. Quod denique pro tribunali sententia sit ferenda probat textus *in Nouell. 82. c. 3. & l. final. ff. de iustic. & iure.* Sed de hoc ipso iam tum supra sub lit. F. prolixe dictum fuit, ibi vide.

Denique ad sententiam, vt vim & effectum sortiatur, requiritur vt ad eius promulgationem partes sint citatæ, adeo, vt, nulla præcedente citatione, sententia, absentis litigatoribus promulgata nullius sit momenti *l. Ea quæ. C. quomodo & quando iudex.* Etiamsi pro absente sententia fuerit concepta Andr. Gailius *lib. 1 obseruat. 109.* Quanquam in iudicio Cameræ Imperialis citationem ad audiendam sententiam, tam in definitiuis, quam interlocutoriis sententiis non requiri testetur, eo quod sufficiat partes semel ad totam causam legitime ac peremptorie citatas fuisse. Veruntamen de citatione, quæ subiiciuntur, supra sub disputatione 4. *volum. prior.* fuse explicuimus, quo nunc breuitatis causa me refero.

RESOLVTIO THESIS *Quarta.*

Lit. A. Quæst. 21. *An valeat sententia incerta?* VT porro sententia valeat, necessum est vt sit certa: *l. 5. & l. 59. ff. de re iudicat. §. Curare. I. de act.* Etenim hic finis est & scopus sententiæ vt quod obscurum, quod dubium & incertum est, clarum & certum efficiat. Certa autem sententia dicitur, ex qua apparet quid quale & quantum sit id, ad quod reus condemnatur *argum. l. certum. 6. ff. de Reb. credit.* Vult. ad *d. §. Curare. Inst. de actionibus.* de qualitate porro & quantitate apparet non tantum si certa summa verbis sententiæ sit expressa, sed etiamsi certitudo haberi possit relatione facta ad aliud, veluti ad acta, ad instrumenta, ad testamẽta, ad codicillos *d. l. 59 ff de re iudicat. l. 2. C. de sentent. quæ sine certa quant.* Vsque adeo autem necessarium est certam à iudice ferri sententiam, vt nisi id fecerit sententia nullius sit momenti, nec rei iudicatæ authoritatem habeat *l. penult. & vltim. C. de sentent. quæ sine certa quantitate. d. l 59.* Et ratio huius expedita est: Illa siquidem res demum iudicata est, quæ finem accipit controuersiarum authoritate iudicis *l. 1. ff. de re iudicat.* Non imponit autem finem controuersia ea sententia cuius ex conceptione non apparet, quid quantumue præstandum sit, de quo quærebatur Donell. *ad d. §. Curare. I. de act.*

Regula proinde iuris verissima est sententiam debere esse certam. Quam regulam & eo casu locum habere Iustinianus Imperator demonstrat, quando de incerta quantitate apud iudicem actũ est *d. §. Curare.* Nam fere plerumque incerta petitio admittitur, sed nihilominus certa sententia fertur. Duaren. *in d. l. 5. §. 1. Digest. de re iudic.* Hinc etsi in obligationibus faciendi, in quibus si factum non sit; quod debuit, obligatio & petitio est in id, quod interest *l. quoties quis. Digest. de verbor. obligat. l. 13. ff. de Re iud.* id autem quod interest incertum est, *l. si pœnam. Digest. de verbor. obligat. §. vlt. Inst. eod. tit. l. vlt. Digest. si quis in ius vocat. non ierit.* Tamen iudici incumbit prius cognoscere quanti intersit actoris, idque sententia sua complecti ac definire & illud reum actori condemnare *l. vnic. Cod. de sent. quæ pro eo quod interest.*

Adeo vt si reum condemnauerit his verbis, solue Titio, quanti eius interest, non censetur iudex suo functus esse officio.

Nec huic obstat quod vulgo traditur sententiam debere conformem esse libello & petitioni actoris; id quod non fieret si petitio esset incerta, sententia vero incerta. Etenim dicterium istud, ait Duarenus falsum esse, nec ex *l. fin. C. de fideicomm. libert.* & *l. vt fundus. ff. comm. diuid.* quæ ad illud stabiliendum allegantur, probari posse. Sed Zasius, Mynsinger, & Petr. Heig. ad *d. §. Curare.* illud hoc modo interpretantur vt sententia libello conformis esse debeat quoad rem petitam, quoad causam petendi & quoad actionem institutam; ita vt neque de re alia, quam quæ petita est, neque ex causa alia quam ex qua petita est; neque ex actione alia quam quæ intentata est, sententia ferri possit & debeat *l. 3. ff. de institutoria act.* Atque hoc ipsum verbis admodum notabilibus exprimit quoque Sneidevvin. *d. §. Curare*, quæ huc adscribere placet: Hæc conclusio, inquit, non intelligenda est quod sententia debeat esse conformis libello quoad conclusionem libelli, alias omnis sententia esset condemnatoria & Reus nunquam absolueretur. Cum actor in conclusione libelli semper petat reum condemnari, & tamen iudex reos, tanquam magis fauorabiles, absoluat, præsertim actore non probante. Sed ita sententia conformis sit libello, vt secundum ea, quæ petuntur vel condemnatoria vel absolutoria sententia feratur. Hinc Baldus in *l. 1. C. si plures vna.* dicit, quod sententia in tribus debeat esse conformis libello primo quoad rem petitam vt iudex in aliam rem non condemnet reum. Secundo quoad causam ex qua res petita est, vt si actor petat 100. ex causa depositi iudex non condemnet reum ex causa mutui.

Tertio quoad actionem, quam actor instituit. Et sic ista conclusio limitatur procedere vt sententia sit conformis libello quoad modum decidendi vt secundum causas adductas & res petitas absolutoria vel condemnatoria sententia feratur, non quoad conclusionem seu modum petitionis actoris, alias reus semper condemnaretur, vt dictum est.

Cæterum ista regula quod sententia debeat esse certa, non ita perpetua est vt non interdum fallat. Idque ipsum Iustinianus quoque satis euidenter significat, quando ait iudicem certam debere ferre sententiam, *quantum possibile est, d. §. Curare.* Et primo quidem tunc indubitate incerta sententia valet quando rei petitæ præstatio pendet ex electione debitoris *§. si quis agens. Instit. de action.* id quod accidit in pluribus rebus disiunctim aut generaliter promissis. In his quippe cum sit debitoris electio, placet quoque talem actoris petitionem esse debere, vt eodem modo petat, quo stipulatus est, disiunctim, Stichum aut decem, aut generaliter hominem. In huiusmodi vero petitione fieri non potest quin eadem sit condemnatio iudicis, id est, incerta, ne in vnam rem certam promissorem condemnando, adimat ei electionem, quam & stipulatio & petitio actoris illi tribuit. Donell. *in dicto §. Curare. Instit. de act. & l. qui ex pluribus. 106. ff. de verbor. oblig.*

Secundo incertam sententiam valere, ait Zasius, si non sit definitiua, sed interlocutoria, & rationem huius istam reddit quod interlocutoria sententia reuocari à iudice vel certificari possit. ad *leg. quod iussit. numero 16. ff. de re iudicat.*

Tertio exceptionem patitur præfata regula in accessoriis rei principaliter petitæ, si videlicet illarum accessionum petitio incerta fuerit & generalis; vt si actor libello vsuras, fructus cum omni damno

cum omni damno & intereſſe petierit, Et hæc exceptio ſtabilitur ac confirmatur multis textibus iuris ciuilis & pontificii: Vnus eſt *in §.1 de offic. iudic.* vbi Iuſtinianus ait, *ſi contra poſſeſſionem iudicet, iubere debet et vt reſtituat rem omnem cum fructibus.*

2. Eſt deinde etiam locus *in l. 3. Cod. de inutil. ſtipulat.* vbi petitur id quod intereſt generaliter.

3. *In l. terminato. Cod. de fructib. ac lit expenſis.* condemnatur reus ad expenſas generaliter & indefinite.

4. *In cap. Cum ad ſedem. C. de reſtitut. ſpoliator.* Caſtrum iubetur cum pertinentibus reſtitui. Idem *in capit. cum venerabilis extr. de except.*

Ex his proinde fundamentis concludendum videtur, expreſſionem, definitionem ac determinationem harum acceſſionum non eſſe neceſſariam neque in petitione neque in ſententia: Et licet iudex pronuntiare debeat vſuras deberi, fructus & expenſas; non tamen cogitur quantitatem certam definire.

Sed huic ſententiæ videtur aduerſari *L. 3. Cod. de ſenten. quæ ſine cert. quant.* Cuius hæc ſunt verba: *Hac ſententia omnem debiti quantitatem cum vſuris competentibus ſolue, iudicati actionem præſtare non poteſt, cum apud iudices ita demum ſine certa quantitate facta condemnatio auctoritate rei iudicatæ cenſeatur, ſi parte aliqua actorum certa ſit quantitas comprehenſa.* Ecce hic aperte improbatur iſta ſententia, qua reus generaliter condemnatur in vſuras nulla facta quantitatis vſurarum determinatione.

Verum Duarenus ad hunc textum reſpondet, verba iſta, *cum vſuris competentibus*, idem ſignificare, quod ſi *quæ competunt vſuræ*, adeoque quæſtionem illic non fuiſſe propoſitam, nec à iudice deciſam, quænam & quantæ vſuræ debeantur? ſed an aliquæ debeantur vſuræ?

Similiter non obſtat textus *in l. 3. §. armamenta. C. de rei vindicat.* vbi dicitur nõ ſufficere generaliter peti armamenta nauis, ſed ſingula armamenta eſſe vindicanda. Obſeruandum quippe eſt illic armenta non peti vt acceſſorium, ſed vt principale, cum principaliter peti poſſint ſine naui.

Tertia igitur exceptio eſt in acceſſoriis de quib. ſententia incerta lata valet.

Quarta exceptio in actionibus vniuerſalibus, veluti hæreditatis petitione, familiæ herciſcundæ actione, in quibus cum petitio ſit generalis, nec ſingulæ res quæ in vniuerſitate petita continentur, ſpecifice deſignanda ſunt; idcirco opus non eſt vt iudex certam in huiuſmodi iudiciis ferat ſententiam: interim tamen cum ad talis ſententiæ executionem peruentum fuerit res ſingulæ vniuerſitate contentæ, ſpecificandæ erunt. vide quæ hac de re dixi ſupra *diſput. 4. th. 10. q. 58 volum. prioris.*

Subiicienda hic eſt quæſtio ad propoſitum maxime pertinens, an ne iudex ſententiam incertam, quam tulit, declarare & certificare poſſit? *Quæſt 32. An iudex poſſit ſententiam incertam declarare & certificare?*

Et videtur prima fronte ſententia negatiua ad veritatem propius accedere, propter textum *in l. iudex poſtquam. 55. ff. de re iudicat.* vbi dicitur iudicem poſtquam ſemel tulit ſententiam, deſinere eſſe iudicem & ſententiam mutare non poſſe, eo quod ſiue bene, ſiue male pronunciauerit, functus ſit officio ſuo, & quia iudex per huiuſmodi declarationem poſſet venire ad retractationem ſententiæ, idcirco non videtur ipſi permiſſa eſſe declaratio ſententiæ *l. 1. C. ſent. reſcind. non poſſ.*

Equidem plerique Interpp. diſtinguunt inter ſententiam interlocutoriam & definitiuam, vt ſententia quidem interlocutoria incerta declarationem admittat. Sententia vero definitiua à iudice delegato declarari non poſſit; ab ordinario poſſit quoad obſcuritatem.

Et

Et hæc distinctio rationem perspicuam habere videtur: Idcirco enim per iudicem sententia interlocutoria potest declarari, quia in totum potest reuocari & mutari, siue concernat processum siue emergentem, siue incidentem quæstionem, quia per interlocutoriam non est finitum iudicis officium *l. quod iussit 14. ff. de re iudicat.* At definitiua nec mutari nec reuocari potest *d. l. quod iussit.* vti hoc etiam supra prolixe admodum demonstratum fuit. Vnde existimarem quod eam quoad incertitudinem non possit declarare, quoniam huiusmodi declaratio induceret mutationem sententiæ, ita vt plane noua videretur esse sententia; Quanquã quoad obscuritatem posset eã declarare, quia vt ait Sneidewin. qui obscuritatem sententiæ declarat, nihil de nouo addit, sed eam duntaxat illustrat: Addit autem aliquid qui incertitudinem ac generalitatem tollit remque, super qua erat lata sententia specifice designat.

Lit. B. Quæ. 23. *An in legib. nostris reperiatur interesse, pro eo quod interest positum?*

De eo quod interest incidenter hoc in loco noster Trentlerus disserit, idcirco, quæ de eo proponit, explicabimus.

Et primo quæritur, an nomen *interesse* pro eo quod interest in legibus nostris reperiatur? Id nonnullis affirmandum videtur.

1. Sic enim *in l. quod sæpe 35. in fine. ff. de contrahend. empt.* hæc verba habentur: *Teneri venditorem ad interesse dicimus.*

2. *In l. debitor. 82. in pr. vers. alioquin. ff. de legat. 2.* hæc verba habentur: *Alioquin secundum illam sententiam, si interesse vsurarum tantum est à legato &c.*

Sed hanc sententiam ad vnum fere omnes improbant ac cum Fulgosio *in l. 2. ff. si cert. pet.* statuunt interesse in iure nostro nusquam substantiue vsurpatum reperiri. Ita Alciatus *in lib. de eo quod interest.* Donell. *in comm. ad L. vnic. C. de sent. quæ pro eo cap. 2.* Iohannes Oesten. *in tractat. de eo quod interest. c. 1. n. 1.* Æmylius Ferret. *in comm. ad l. vnic. C. de sentent. quæ pro eo quod interest, num. 1.* Iohannes Corasius *lib. 1. miscell. c. 20.* Iohannes de Relaberta *in tractat. de mora c. 16.* Grisson. *lib. 9. de verbor. significat.*

Nec contrarium euincunt duæ illæ leges supra adductæ: Quod enim ad priorem attinet, respondet ad eam Corasius & post Corasium Oestenius, in pandectis Florentinis, vtpote emaculatioribus, hanc vocem *interesse* non reperiri; Et cum Accursius Glossator ad verbum teneri, supplet, *ad interesse*, consequens vtique est eadem verba in textu non extitisse, alioquin Glossa & suppletio ista Accursiana inepta foret ac plane otiosa.

Ad alterum textum ex *d. l. 82. pr. ff de legat. 2.* respondent, in castigationibus exemplaribus *pro interesse vsurarum* legi *interessinium*. Cum igitur vtriusque textus lectio variet, sit ambigua & inconstans, idcirco nihil certi exinde inferri & concludi potest.

Cæterum etsi nomen interesse substantiue positum in legibus nostris non legitur, non tamen propterea cum Fulgosio Alciato & Æmyl. Ferretto dicendum videtur; hanc dictionem *interesse* nominaliter & substantiue positam esse impuram, ineptam, barbaram & illatinam. Si enim, inquit Antonius Fumæus, recte & latine dicimus, tuum scire, nostrum viuere, suum velle, vt in illo; *scire tuum nihil est, nisi te scire hoc sciat alter.* Et apud Pers. *Tum, cum ad canicium & nostrum illud viue & triste aspexi.* Et apud eundem: *Velle suum cuique est, nec voto viuitur vno.* Cur non etiam recte ac latine diceretur, *tuum, aut meum interesse.*

Et hanc sententiam comprobat quoque vsus loquendi receptissimus: Quid enim apud ICtos nostros & iuris interpretes receptius, quid frequentius, quam vt pro eo quod interest, interesse dicant: Iam vero, teste Platone in Eratylo

tylo; nomina diuturnitate temporis sæpe distrahuntur, confunduntur ac peruertuntur. Non igitur vsque adeo superstitiosi esse debemus vt pro eo quod interest interesse cum Interpp. dicere addubitemus.

Quæ. 24. *An interesse verbaliter in legibus vsurpetur?* De illo sane dubium nullum est quin in legibus etiam nostris interesse verbaliter vsurpetur; duplicem quippe significationem in iure habet; primo enim accipitur ita vt idem significet quod diuersum vel oppositum esse, seu differentiam esse: Ita enim Paulus *in l. si bene. 33. ff. de vsur.* vbi ICtus Paulus ita scribit: ***Nam inter insolentiam iniuriosam & diligentiam non ambitiosam multum interest*** Et *in l. domum 57. in pr. ff. de contrahend. empt.* Idem Paulus ait, ***hanc quæstionem multum interesse quanta pars domus incendio consumpta maneat &c.*** Deinde significat idem quod ad vtilitatem alicuius spectare. Et hæc posterior significatio videtur esse frequentior & vsitatior, nec non magis propria: Nam interest mea dicitur, quasi in re mea est, id est ad vtilitatem meam pertinet. Sic *in l. 1. Digest. solut. matrim.* dicit ICtus Reipublicæ interest, id est, vtile est, dotes mulieribus conseruari. Hinc etiam id quod interest in legibus nostris vtilitas dicitur *in l. Ex empto. 11. §. qui autem. Digest. de act. empt. l. quoties. 81. §. 1. Digest. de verbor. obligat. l. Eum qui 14. § fin. Digest. de furt. l. 9. §. vlt. Digest. ad exhibend. l. proinde 22. pr. Digest. ad L. Aquil. l. 2. pr. & §. vlt. Digest. de eo quod cert. loco l. 21. §. cum per venditorem. Digest. de act. empt l. 1. §. hac verba neuis. l. heredes. §. si incerto. Digest. famil. hercisc.* quibus omnibus in locis vtilitas & interesse promiscue ac indifferenter vsurpantur. Molin. & Franc. Hotoman. *in d. l. vnic. Cod. de sent. quæ pro eo quod interest.* Osten. *in d. tractat. de eo quod interest. c. 1.*

Quæ. 25. *Quotupliciter sumatur in iure id quod interest?* Sed & in hac significatione, qua vtilitatem denotat, siue id quod ad nostrum commodum spectat, rursus duplicem habet significationem, vnam generalem alteram specialem: generaliter enim sumitur pro omni eo quod ad nostram vtilitatem pertinet, siue principaliter, siue accessorie; id quod Vlpianus his verbis demonstrat: ***Si res vendita non tradatur, in id quod interest, agitur hoc est quod rem habere interest actoris: Hoc autem interdum precium egreditur si pluris interest, quam res valet vel empta est*** *l. 1. Digest. de act. empt.* Ecce, his verbis clare ostenditur quod interesse ad rem principaliter debitam atque petitam referatur, & simul ad id quod rem istam, seu rei precium & valorem excedit. Nomine igitur eius quod interest non solum accessiones, fructus & vsuræ, sed res etiam ipsa principaliter debita continentur.

Et quod id quod interest etiam ad rem ipsam debitam referatur, textus est bonus & perspicuus *in l. vlt. Digest. si quis in ius vocat.* vbi Vlpianus id quod interest dixit pro quanti ea res est, vt patet ex *l. 2. in fine. Digest. qui satisd. cog.* Et quod pro rei principalis æstimatione vsurpetur euincit *l. Eum qui 14. §. vlt. l. si vendidero 18. §. 1. Digest. de furt. l. 5. §. Et si quidem. Digest. de præscript verb. l. 1 Cod. de his quæ à non domino.* Quin etiam id quod interest significat partem restantem vt *in l. 3. §. si reddita. Digest. commodat.* vbi Vlpianus hoc modo scribit: ***Si reddita sit res commodata, sed deterior reddita, non videtur reddita, quæ deterior facta redditur, nisi quod interest præstetur***, id est nisi æstimatio partis deterioratæ præstetur. Et *in l. 45. Digest. de contrahend. empt.* Idem Vlpianus scribit: Si emptor vestimenta interpolata pro nouis emeret emptori præstandum quod interest, siquidem ignorabat venditor; si sciebat etiam damni nomine, quo d ex eo contingit, tenetur.

Etiam id quod interest generaliter sumitur: Specialiter vero quando capitur, ponitur ad differentiam rei seu debiti principalis, vt extrinsecam vtilitatem, seu id

DDDd quod

quod extrinsecus accedit, seu potius decedit ob damnum emergens & lucrum cessans; ita vt non contineat rem principalem, nec eius precium vel æstimationem, nec accessionem naturalem vel quasi, sed saltem damnum & lucrum per moram vel culpam mihi datum vel interceptum. Et hæc significatio specialior in iure frequentior est & habetur *in l. Exempto 11. §. final. ff. de act. empt.* vbi precium ab vtilitate, seu eo quod interest, aperte discernitur, Et *in l. qui tabulas. 27. ff. de furt. L. Titius. 43. § final. L Iulianus. 13. pr ff. de act. empt. l. si in venditione 60. l. Euicta. 70. ff. de euict. l. 1. §. considerandum. ff. de tutel. & rationib. distrahend. l. 2. §. in hac actione. ff. de vi bonor. raptor. l. Ex conducto. 15. § vbicunque ff. locati.* interesse stricte sumitur ita vt rei precium seu æstimationem non comprehendat. Et in hac quoque significatione præsenti in loco accipitur.

Quæ. 26. *Quænam & quot sint eius quod interest species?*

Interesse porro triplex faciunt vulgo Dd. nostri: Interesse singulare, commune, & conuentum. *Singulare* interesse appellant quod ex affectione & vtilitate cuiusque æstimatur. *Commune* quod ex communi valore rei, seu ex vtilitate & æstimatione hominum communi. *Conuentum* quod ex conuentione partium ducitur, seu, vt apertius loquar, conuentum interesse est pecunia ista, quæ in obligatione faciendi, pro eo quod interest, promissa est, si factum non sit, quod fieri non debuit ita Bartol. *ad l. vnic. n. 11. Cod. de sentent. quæ pro eo quod interest.* Iason. *in l. 1. § hoc iudicium. num. 18. Digest. si quis ius dicenti.*

Huius vero diuisionis fundamentum in eo consistit quod id, quod interest, est vtilitas quædam, prout paulo supra ostensum fuit: Vtilitas vero tripliciter considerari potest: Primo communiter & sic vtilitas communis dici potest. vt *in l. si seruum 33. ff. ad L. Aquil. l. pretia rerum. 63. Digest. ad L. Falcid.* Deinde vtilitas æstimatur aut ex commodo cuiusque aut ex affectione: Ex vtilitate cuiusque singulari, quia potest tua plus quam alterius interesse fundum venditum tibi traditum non esse; fortassis quod tuo & non ipsius agro sit confinis argum. *l. si cui fundus. 54. ff. de legat. 2.* Ex affectione vero nostra æstimari potest singularis vtilitas, eo quod in rem singularem habemus affectionem *l. 1. & tot. tit. ff. de in lit. iurand.* Interesse conuentum fundatur *in l. fin. de prætor. stipulat.* vbi Venuleius ICtus tradit, quoniam difficilis est probatio eius quod interest & ad exiguam summã sæpe deducitur, commodius esse vt loco eius certam summam stipulemur, puta si insulam non ædificaueris decem pœnæ nomine dare spondes. *§. vlt. Inst. de verbor. obligat.* Æstimatur igitur hæc vtilitas ex conuentione; vnde & interesse conuentum recte dicitur.

Sed hanc diuisionem reiiciunt Donellus *in tractat. de eo quod interest c. 3.* Andr. Alciat. *de eo quod interest. §. quæro.* Iohannes Oestenius *in d. tract. de eo quod interest. c. 2. n. 8. & sequent.* Æmyl. Ferret. *ad d. l. vnic. C. de sent. quæ pro eo quod interest profer. n. 18. & sequent. & ibid.* Molinæus. *n. 11.* statuentes vnum esse reuera genus eius quod interest, nec eius vllas in iure apparere species.

Quod enim non sit interesse aliquod singulare, euincitur hisce rationibus.

1. Quia id quod interest vbique & semper tanti æstimatum, quanti reuera est, id est quanti est communi hominum computatione & æstimatione, non priuati alicuius iudicio aut affectu *l. vnic. Cod. de sentent. quæ pro eo quod interest. in verb.* vt hoc quod reuera inducitur damnum, reddatur *l. 33. ff. ad L. Aquil.*

2. Deinde interesse illud, quod ex affectione cuiusque æstimatur, in considerationem non venit, nec vlla eius ratio habetur: Sic enim *in l. pretia rerum. Digest. ad L. Falcid.* Paulus scribit:

pre-

pretia rerum non ex affectione nec vtilitate singulorum, sed communiter funguntur: Nec enim qui filium naturalem possidet tanto locupletior est, quod eum, si alius possideret, plurimo redempturus fuisset.

3. Ad hæc verba ista ac termini, *interesse commune, singulare, Conuentum*, sunt plane inaudita veteribus ICtis & à quibusdam Interpretibus iuris demum excogitata & adinuenta. Nec enim interesse communis, singularis & conuēti vlla fit mentio in legib nostris.

4. Insuper interesse conuentum quod appellitant reuera esse nullum ex adductis locis satis superque colligitur. Nec enim quantitas ista quam ex faciendi obligationibus quis stipulatur, est ipsum interesse, sed & pœna quam loco interesse stipulamur. Sic enim Iustinianus *in d. §. vlt. de verbor. oblig.*

Non solum res in stipulatum deduci possunt, sed etiam facta; vt si stipulemur aliquid fieri. & in huiusmodi stipulationibus optimum erit pœnam subiicere, ne quantitas stipulationis in incerto sit, ac necesse sit actori probare quod eius intersit. Proinde ex faciendi obligationibus pro eo quod interest, seu loco eius stipulamur pœnam. Hæc pœna nuspiam in iure appellitatur interesse. Deinde ab eo quod interest perspicue differt, quoniam pœna certa est; At id quod interest incertum. *d. §. vltim.* Idem quoque perspicue probat *d. l. fin. ff. de prætor stipulat.* Tantum igitur abest vt in istis locis conuentum interesse fundetur, vt potius in illis aperte destruatur.

5. Denique quod nullum sit commune interesse, hinc patet quod si commune interesse illud appellant quod non tantum nostrum, sed etiam aliorum est, nullum erit commune interesse: Quisquis enim petit id quod interest, ille petit quod sua interest priuatim, id est quod sibi abest, non alii *l. 1. ff. de act. empt. l. 3. in fine. ff. vti possidet. l. quatenus. de R. Iur.* Vtilitas autem propria cuiusque quam quis persequitur, non est communis.

Nec obstat quod id quod interest cō muniter æstimatur *d. l. 33. ff. ad L. Aquil. l. 63. ad L. Falcid.* Nam aliud est æstimatio, aliud id quod æstimatur; aliud interesse, aliud eius æstimatio; Id quod interest non est commune, sed cuiusque proprium, vt ostensum est, æstimatio vero interesse potest esse communis Donell. & Oesten. *dd. loc.*

Quocirca hisce propositæ diuisionis membris remotis, consequitur falsam esse & confictam supra propositam Dd. distributionem; adeoque eius quod interest vnum esse genus re & æstimatione.

Re vnum est quia qui id quod interest petit, non aliud petit, quam quod sua interest, quam quod sibi abest. Æstimatione vnum est, quoniam tanti vbique æstimatur, quanti reuera est, id est quanti est communi hominum computatione & æstimatione non priuati alicuius iudicio aut affectu *d. l. 33. ff. ad L. Aquil. & d. l. 63. ff. ad L. Falcid.*

De eo quæstio satis intricata est, anne id quod interest possit in delictis excedere duplum? Affirmat hoc Andr. Al ciat. *in tractat. de eo quod interest c. 10.* Iique sequentibus fundamentis obtinere nititur. Quæst. 27 *An in delictis id quod interest possit excedere duplum?*

1. In *l. Iulianus. ff. de Rei vidicat.* dicitur si, vt te deciperem tignum tibi vitiosum vendidero, & domus corruerit omne, tibi detrimentum sarcire compellor. At hoc non solum duplum, sed etiam decuplum excedere potest.

2. Idemq; comprobat *l Infitiando. §. fin. de furt.* Nam sub pœna ducentorum aureorū promisi tibi librum cōmodare Titius furatus est librum, quapropter coactus sum tibi ducenta soluere, cum liber decem non excederet, Titius fur, dicitur ad hæc ducenta teneri.

ni & desiderio contradicit, is non potest dici affirmatiue litem contestari: atqui exceptionem opponens actori, eius contradicit intentioni: ergo reus, dum opponit exceptionem, non contestatur litem affirmatiue, sed negatiue.

Assumptio manifesta videtur, & hoc exemplo amplius declaratur: Titius dicit Sempronium sibi debere decem ex contractu emptionis-venditionis, neq; decem sibi præstari petit: Sempronius vero fatetur quidem, se cum Titio emptionem-venditionem contraxisse, sed ideo se condemnandum negat, quia pactum inter se & Titium fuerit de nonpetendo interpositum: Ecce hic intentio hæc est, vt Sempronius sibi decem præstet ex contractu emptionis-venditionis, ad eaq; præstanda condemnetur à iudice: at huic intentioni contradicit Sempronius, dicens se ad ea decem, quæ petita sunt, Titio minime teneri, quia is pacto promiserit se non petiturum, & ideo se ab intentione & petitione aduersarii sui absolui postulat: præstare & non præstare, condemnari & non condemnari, seu absolui sunt contradictoria, vnde reus exceptionem obiiciens actori non potest dici confiteri & admittere intentionem aduersarii, cum aperte ei contradicat: fatetur quidem se emptionem contraxisse, sed hæc non est intentio actoris, verum causa tantum intentionis, quam tamen & ipsam ita admittit, vt eam excludat & elidat, opposita exceptione.

3. Obseruandum insuper est, quod reus excipiens, dicitur impugnare exceptionem. *§. 1. Inst. de except.* se aduersus intentionem actoris defendere, *§. 2. 3. & 4. Inst. eod. tit.* quodque actiones peremptoriæ dicuntur actionem & intentionem actoris perimere *§. 9. eod. tit.* Quæ vniuersa atque singula efficiunt, reum, qui exceptionem opponit, non consentire actori nec fateri & admittere eius intentionem, sed ei maxime contradicere.

Sunt denique qui statuant affirmatiuam litis contestationem esse ex parte actoris: negatiuam vero ex parte rei negantis, atq; hinc duplicem litis contestationem statuendam esse; quæ sententia & ipsa subsistere nequit.

Nam obseruandum hanc non esse diuisionem generis in suas species, sed partionem potius totius in partes; cum narratio actoris, non sit litis contestatio, nec species litis contestationis, sed eius duntaxat pars quædam: Responsio item actoris non sit per se litis contestatio, sed pars saltem litis contestationis: cum litis contestatio sit narratio actoris, & responsio siue contradictio rei *l. 2. C. de iureiur. propt. calumn. l. vnic. C. de lit. contest. l. 14. §. 1. C. de iudic.* vt proinde qui hoc modo atque respectu litis contestationem duplicem esse dicit, affirmatiuam & negatiuam, is litis contestationem non diuidit, sed partitur. Et quod sola narratio actoris & sola responsio rei non constituat litis contestationem, sed ad eã contestandam vtraque simul & coniunctim requiratur, probat perspicue supra adducta litis contestationis definitio, quæ nec soli actoris narrationi, nec soli rei responsioni & contradictioni conuenit.

Requiritur deinceps adhoc, vt sententia sit legitima, probationes esse auditas. *Lit.* C Cum enim probationes ad hoc spectent vt per eas iudex de causa instruatur ac informetur, sententiam autem iustam, veram ac legitimam ferre non possit de causa non instructus, nec informatus, idcirco sententia, quam ferr, non auditis probationibus nullius momenti est.

Excipitur tamen causa notoria quam non probationem, sed allegationem duntaxat requirere notum est. Item excipitur casus, quo in contumaciam proceditur; tunc enim causa ex parte actoris pro probata habetur, sed de hoc supra

pra in disputat. de probationibus non-nihil dictum fuit.

Illud certum ineptam plane esse hanc sententiam atque inualidam, qua iudex ita pronunciat; *Condemno si est probatum.* Tum quia sententia hæc plane incerta est, nec ex actis certificari potest; cum iudicis sit æstimare vtrum probatum sit intentio actoris, an minus. Tum quia iudex pronunciare non possit nisi probationibus sit instructus adeoque reuera probatio actoris præcesserit; quandoquidem probationes sunt pars substantialis processus iudicarii: Quomodo ergo iudex sententiam feret quando, vtrum probatũ sit, incertus est. Hinc cum Cæsar Claudius pronunciasset, secundum eos, se sentire, qui vera proposuissent, referente Suetonio in Claudio contemptui habitus fuit. Et certe huiusmodi sententia nihil præter meram principii repetitionem continet, cum hoc ipsum sua sententia diiudicare debeat vtrũ actor vera proposuisset, suamq; intentionem prout oportuit, probasset. Sed & causæ cognitionem præcedere oportet sententiam: Quomodo enim iudex statuet & iudicabit de causa, de qua non cognouit? Et hoc est quod *in l. 3. ff. de testib. l. 7. C. de fideicom.* asseritur, iudicem debere ex re nata, perpensis diligenter omnibus facti circumstantiis, de causa & re controuersa statuere: Addidit noster Treutl. & hanc rationem quod causa sit ipsa sententiæ materia; & propterea hac non perspecta nec cognita iudex nulla ratione sententiam ferre queat. Lit. D.

Et hanc sententiam perspicue confirmat textus *in cap. Nullum. caus. 30. q. 5.* vbi Euaristus Papa ita scribit: *Num ante veram iustamq; probationem iudicare aut damnare debemus, teste Apostolo, quia ait: Tu quis es, qui iudicas alienum seruum? domino suo stat aut cadit. Mala itaque audita nullum moueant, nec passim dicta absque certa probatione quicquam vnquam credat, sed ante audita diligenter inquirat, nec præcipitando quidquam aliquis agat.* Et *in sequent. cap. iudicantem 11. Iudicantem oportet cuncta rimari & ordinem rerum plena inquisitione discutere, interrogandi, respondendi obiiciendiq; ue prabita patientia ab eo, vt ibi actio ambarum partium illuminata sit pleniter: Nec litigantibus iudex prius velit sua sententia obuiare, nisi quando ipsi peractis omnibus, nihil habeant in quæstione quod proponant & tandiu actio ventiletur quousque ad rei veritatem perueniatur: Frequenter interrogare oportet ne aliquid prætermissum fortasse remaneat, quod annecti conueniat.*

Perspicuum igitur est quod probationibus non auditis, nec causa prope cognita, sententia ferri nequeat.

Et ex hisce textibus iuris pontificii Author noster concludit quod nec ferri sententia possit, antequam in causa à partibus sit conclusum. Nam pontifex tunc demum vult à iudice pronunciari quando litigantes, peractis omnibus, nihil amplius habeant in quæstione quod proponant. Quæ. 18. *An sententia ferri possit ante conclusionem in causa?*

Iam vero in causa conclusum dicitur quando vtrinque probationibus & allegationibus renuntiatur *cap. Pastoralis de causa possess. & proprietat.* laion. *in l. admonendi n. 52. ff. de iureiur.* vnde post cõclusionem in causa probationes amplius non admittuntur Felin. *in cap. cum dilectus. extr. de fide instrum.* Andr. Gailius *lib. 1. obseruat. 507.* Idemque conclusione in causa os partibus clausum esse dicitur Gail. *d. lib. 1. obseruat. 108.* Quocirca nisi in causa sit conclusum atque per hanc conclusionem renuntiatum sit probationibus & partibus os clausum iudex pronuntiare nequit. Cum ipsi constare non possit vtrum litigantes omnia peregerint nec habeant amplius quod proponant & quo suam intentionem confirment.

Verum

Verum Andr. Gailius *d. obseruat.* 107. Conclusionem in causa non esse de substantia processus, sed absque vitio nullitatis sententiæ omitti posse, post Gloss. *in clem. sæpe, §. sententiam, in verb. conclusione. de verbor. significat.* Zabarel. *ibid. in §. & quia num.* 20. Rotam *decis.* 1. *num.* 1. *de testib.* Marantam *part.* 4. *distinct* 9. expresse scribit, Conclusionem etiam in causis ordinariis magis de cõsuetudine, quam de substantia processus esse statuens. Quanquam in Camera Imperiali nullam sententiam publicari ne interlocutoriam quidem nisi in causa legitime conclusum sit, moneat; adeo vt parte alterutra concludere nolente, iudex ea inuita in contumaciam ex officio causam pro conclusa acceptare & in principali pronuntiare queat.

Et hanc sententiam in Camera receptam iuri etiam communi per omnia esse consentaneam, & ideo retinendam, arbitror, secutus Damhuderum *in prax. ciuil. cap.* 191. *num.* 8. Bald. *in Margarita. in verb. renunciatio.* & Petr. Gilcken. *in Auth. iubemus. C. de iudic.*

Quæ opinio etiam vlterius confirmatur per *d. Authen. iubemus.* Hic enim sancitur, post interrogationem iudicis, num quid noui addere desiderent, iudex ferre sententiam non potest, nisi vtraque pars allegationibus renunciauerit, vel dilatio ex ordine data sit, quę vim renuntiationis habeat: Hanc autem renunciationem esse conclusionem in causa docet ipse Gail. *d. loco.* Sequitur proinde quod conclusio in causa sit pars processus ordinarii substantialis, ac consequenter sine vitio nullitatis sententia, nulla præcedente causæ conclusione, ferri nullo modo possit.

2. Idem etiam probant *cap. cum dilectus. extr. de fide instrum. cap. pastoralis. extr. de caus. poss. & proprietat. cap. auditis. extr. de procur.* in quibus locis effectus conclusionis hic constituitur, vt nullæ allegationes amplius admitti possint; & instrumenta amplius exhiberi nequeant, vt nec aliæ probationes adduci valeant.

3. Insuper cum in controuersiis, quæ sine strepitu & figura iudicii agitantur, speciale sit vt causæ conclusio non requiratur. *clementin. sæpe contingit de verbor. significat §. sententiam,* consectarium est, in contrarium esse ius commune. *l. quæ vero. ff. de legib.*

4. Denique cum styli & consuetudo optima sit legum interpres *l. cum de interpretatione. ff. de legib.* Et stylo curiarum bene institutarum ita sit comparatum vt conclusio causæ adhiberi soleat, vt de tribunali Spirensi testantur Andr. Gail. *d. obseruat.* 107. *num.* 2. Mynsinger. *cent.* 3. *obs.* 17. *num.* 6. Emericus à Rosbach. *tit.* 70. *num.* 8. De generali vero consuetudine ac stylo testetur Panormitan. *in cap. cum I & A, num.* 12. *de sent. & re iud.* recte concludi videtur quod ante conclusionem in causa ex iuris communis dispositione stylo & consuetudine sententia à iudice minime ferri queat.

Præterea ad sententiam requiritur vt de scripto legatur & recitetur à iudice; id quod & supra *sub thes.* 2. *lit.* C. monuimus, & diserte comprobat *l.* 1. *C. de sententent. ex breuic. recit.* Nam ibi Impp. *Arbitri, inquiunt, nulla sententia est quam scriptam edidit litigatoribus, si non ipse recitauit: Si igitur nihil fallu, omissa prouocationis mora, ex integro iudicari impetrabis à Rectore prouinciæ.* Et *in sequent. l.* 2. *eod. tit. Hac lege perpetuo credimus ordinandum, vt iudices quos cognoscendi & pronunciandi necessitas tenet, non subitas, sed de liberatione habita post negotium sententias ponderatas sibi ante forment & emendatas statim in libellum secura fidelitate conferant scriptasque ex libello partibus legant; sed nec sit eis posthac copia corrigendi, &c.* Lit. E.

Modo allegatam rubricam ambiguæ esse lectionis, & in quibusdam exemplaribus legi *de sententiis ex periculo recitandis:* Quæ. 19. *Quidnam sit breuiculum?*

tandis: In quibusdam vero, *de sententiis ex breuiculo recitandis*, notum est: Qui posteriorem sententiam & lectionem amplectuntur sollicite inquirunt quidnam per breuiculum intelligi debeat? Et illorum receptior & verior est sententia qui statuunt per breuiculum intelligi chartam siue tabellam de qua iudex sententiam legat & recitet: Hoc quippe primo ipsa Imperatorum intentio satis innuit, tractant quippe sub illo titulo quemadmodum sententiæ ex scripto recitari debeant: Recitare igitur sententiam de breuiculo nihil aliud est quam de charta cui inscripta erat sententia, eam legere & recitare. Breuiculum porro, ait Alciatus *l. dispunct. 21.* diminuta forma deduci à breui, hoc est à schedula seu scriptura. Vnde Imperator Valentin. Valens & Gratian. *in tit. Cod. de conuenend. fisci debitoribus lib. 11.* Inter chartulas, aiunt, confiscati cuiusdam breuis assueuatur inuentus.

Qui autem priorem lectionem retinent, rationē eius istam adferunt, quod sub eo titulo tractetur quomodo iudex absque sui periculo possit proferre sententiam. Sed hæc interpretatio perabsurda est. Tum quia rubrica non sic est concepta, *de sententiis sine periculo recitandis*, sed, *de sententiis de periculo recitandis*: paria autem & æquiualentia esse, *de periculo sententiam recitare*, &, *sine periculo sententiam recitare*, nemo fortassis hominum credet. Tum quia sub legibus illius tituli nihil quicquam habetur de ratione & modo, quo iudex absque corporis sui periculo, ne scilicet à victo & contra quem sententia profertur, lædatur, sententiam pronuntiare queat. Iacobus Cuiacius per *periculum* intelligit libellum ex latiori scriptura contractum. Et quod periculum significet latine loquentibus libellum, probare videtur locus Æmylii probi in Epaminondam, *vnum*, inquit, *à iudicibus petiuit, vt in periculo suo conscriberent*: *Epaminondas à Thebanis morte mulctatus est.*

Sed Hottomannus pro *periculum* legit *sepulchrum*, propterea quia Plutarch. testetur Epaminondam petiisse vt in sepulchro suo perpetuæ memoriæ causa scriberetur; quo vniuersa Græcia intelligeret Lacedæmonios Epaminondæ opera à Thebanis esse superatos. Tum etiam quia verisimile nō est Epaminondam voluisse prædicta verba iudices in libello sententiæ suæ adscriberent, quæ momento temporis deleri extinguique possint, & solis iudicibus aut solis ciuibus Thebanis nota essent.

Sic etiam non obstat quod Cicero in orat. de re frumentaria scribit: *Ordo scribarum est honestus, quis negat? Est vero honestus: quod eorum hominum fidei tabulæ publicæ periculaq; magistratuū committuntur.*

Hoc quippe in loco ait Hottom. vocem illam *periculum* non ad scripturam aliquam & breuem libellum, sed potius ad discrimen, quod ex periculoso iudicii euentu potest alicui accidere, referendam esse. Cum enim prouincialium magistratuum administratio literis diligentissime consignaretur vt non modo ratio Senatui reddi, verum etiam si repetundarum ageretur accusatoribus, satisfieri posset; idcirco quibus illarum tabularum custodia committitur, committi periculum dicitur, non quia tabulæ ipsæ sint periculum, sed figura Rhethoribus familiari, vt cū caput nostrum alicui nos committere dicimus cui vitam, fortunas, existimationem committimus.

Denique non refragatur locus Ciceronis *in lib. 1. de Legibus*. vbi hæc verba habentur: *Qui in isto periculo non vt poeta veritatem exigunt.* Nam Hotomannus ibi pro periculo legit libello, quam lectionem in communi & constanti exemplarium lectione fundatam putat. Quocirca neque ex iure, neque ex alio quo-

 piam

piam probato scriptore latino vllus proferri potest locus, in quo periculum signi ficet libellum.

Lit. F. Recitari & pronuntiari à iudice sententia debet in loco iudicii consueto per textum *in l. vlt. ff. de Iust. & iur. l. 5. C. quom. & quand. iud.* Excipitur tamen casus necessitatis, vt si propter imminēs periculum in loco solito non possit sententia à iudice recitari; dū extra locū iudicii consuetum, in loco tutiore ea pronuntiari poterit Baptist. Villalob. *de commun. opin. lit. S. n. 45.* vbi ait, sententia, licet pronuncianda sit in loco maiorum, tamen propter necessitatem imminentem posse eā proferri super turrim & ad hoc allegat Iasonem *in l. Ab antiquis. C. de testam.* & ratio est quod non sit de substantia processus vt præcise in loco, in quo ordinarie iudicari solet, partibus prælegatur, sed sit magis quædam solennitas, quæ in casu necessitatis rem ssa intelligitur.

Excipitur præterea sententia à delegato iudice concepta; hæc enim in quocunq; loco non suspecto nec litigantib. incommodo pronunciari potest *l. 56. ff. de iudic.* Quamquā ea lex significare videatur quod delegatus in consueto iudicii loco iudicare debeat, si ipsi non sit certus aliquis locus expresse designatus vbi iudicare debeat. Insuper ferri sententia debet interdiu: Noctu proferri non potest Vant. *in tractat. de Nullit. tit. de Nullitat. ex defect. iurisdict. n. 132. versic. sine exemplum ponas.* Menoch. *l. 1. arbitr. iud. quæst. 62.* Rationes autē & fundamēta hæc adferūtur.

Lit. G. Quæ. 20. *An sententia etiam noctu possit proferri?*

1. Ad ferendam, inquiunt, sententiam partis præsentia requiritur: præsens autē nemo potest esse, nisi ad iudicem eat: ire autem tempore nocturno per ciuitatis plateas quis prohibetur *l. Itinere. ff. commun. præd. l. hoc edictum. ff. de his qui deiecerunt vel effud.*

2. Per textum *in c. consuluit. 24. extr. de offic. delegati.* vbi Pontifex ait: *Ne vero iudicium Ecclesiasticum exerceatur in tenebris, quia iuxta testimonium veritatis, qui male agit, odit lucem: Licet enim secundum consuetudinē & constitutiones legitimas more Romano dies à medietate noctis incipiat, in medio noctis definat subsequentis (vnde quod in duabus dimidiatis noctibus agitur, perinde sancit habendū legalis auctoritas, ac si qualibet parte lucis agatur) nos tamen eam procedendi horā congruam intelligimus, ex qua possit ante noctis tenebras perficere quod incūbit.* Vult proinde pontifex noctu non esse iudicandum sed interdiu.

3. Item quoq; relucet *ex Nouell. 82 c. 3.* vbi Iustinianus hoc modo scribit: *Sedebunt autē hi pedanei iudices continue & nunc in regia basilica, in quibus & nunc domunculis iudicant, matutino mox & meridie & vespere audientes causas: designat hic Imperator tempus quo iudicari debeat: Nocturni vero temporis nullam prorsus mentionem facit.*

4. Deniq; quod nocturno tempore recitari sententia non debeat hac etiam ratione firmatur, quod ad promulgandam sentētiam, necessaria sit citatio partium, prout in fine huius thesis ostēditur adeo vt omissa citatione nulla sit sentētia etiamsi pro absente parte fuerit lata *l. Ea quæ. C. quomodo & quando* Andr. Gail. *1. obseruat. 109.* Atqui ad tempus nocturnum citatio fieri non potest. Sequitur proinde nec sententiam nocturno tempore promulgari posse.

Et quanquam sint nonnulli qui statuūt etsi sententia de nocte ferri non possit. Si tamen noctu prolata fuerit, eam valore & ratā esse; Eo quod multa, quæ fieri non debent, si facta sint, subsistant & valeāt. Menoch *d. quæst. 62. n. 1. & 2.* Et ideo valeat eiusmodi sententia de nocte lata, nisi pars aduersa appellet. Hæc tamen opinio satis refellitur ex textib. supra adductis, qui satis innuūt nec latam sentētiam valere, sed nullius momenti esse. Et sic post Petr. Duennam *reg. 58. part. 1. & reg. 188. & 192. part. 2.* Marant. *in specul. part. 6. n. 92.* Dec. *in d. c. consuluit n. 109. de offic. delegat.* statuit Polydorus Ripa *tractat. de Nocturn. tempore c. 134. num. 18.*

Sic etiam quanquam nonnulli statuant, Iudices non quidem cogi noctu pro tribunali sedere ac pronuntiare, posse tamen, si velint, etiam noctu iudicare eoque modo interpretentur *d. c. consuluit. extr. de offic. delegat. & d. Nou. 82. c. 3.* Tamē nec ea sententia admitti potest; Maxime idcirco quia in ad ductis textibus iuris ciuilis ac pontificii disponitur horam noctis esse tempus incongruum ad ferendam sententiam: At sententia incōgruo tempore non potest pronuntiari.

Adhæc consideranda est ratio illorum textuum, quæ duplex est.

1. Quia ubest periculum falsi cum nocte iudicatur; qui enim male agit odit lucem *d. c. consuluit.*

2. Quia debet pars citari ad audiendum recitari sententiam: At cogi non potest noctu vagari. Quæ rationes eiusmodi sunt vt propter eas iudex non solum cogi non possit noctu ferre sententiam, sed nec volens queat.

Non etiam desunt qui distinguunt, vtrum is, contra quē sententia ferēda est, præsens sit an vero absens: Vt priori casu valeat de nocte prolata, posteriori vero non item. Propterea ꝙ in præsente, cum citandus nō sit superioris prohibitionis ratio deficiat. Alciat. *in l. Non minorem n. 4. C. de transact.* Menoch. *d. q. 62. num. 4.*

Veruntamen sententiam hanc recipiendam non existimo quia textus adducti generales sunt & indistincte loquuntur: Deinde quia etsi cessaret in præsente vna ratio, non tamē deficit in eo altera ratio ex præsumptione falsitatis desumpta.

Relinquitur proinde quod sententia noctu lata sit nullius momenti.

Nec ei resistit quod res iudicata & transactio æquiparentur *l. 20. C. de transact.* Transactio autē possit noctu nō minus quā interdiu fieri *d. l. 20.* vbi dicitur: *Nec enim ad rescindendū pactum sufficit, quod hoc secunda hora noctis intercessisse proponas, cum nullum tempus sana mentis maioris viginti quinq; annis consensum repudiet.* Nam cum quæritur quinam actus noctu celebrari & fieri possint? distinguendum ait Gilcken. ad *d. l. 20.* inter actus necessarios & volūtarios: Vt in volūtariis nō referat, vtrū lie aut nocte suscipiātur modo cōsensus contrahētiū vtrinq; suffragetur: In actu autē necessario, veluti iudiciali secus sese res habeat, nec valeat nocte gestus: Cū enim huic tempus diuturnum præfinitū ac destinatū sit, ideo quod extra tempus istud geritur, nullius erit momēti *l. Scire oportet. §. Consequens. ff. de excusat. tutor. d. c. consuluit, extr. de offic. delegat.* Etsi proinde sentētia, siue res iudicata, quoad vim & effectū inuicē cōferantur, quia tamen sententia non est voluntarius sicut transactio, sed actus necessarius; idcirco idē, quoad præsentem quæstionē, in sententia, ꝙ in transactione constitui nō potest. Cæterū huius regulæ ꝙ sententia de nocte prolata non valeat quædā fallētiæ, siue exceptiones à DD. adducuntur. 1. Prima est si loci alicuius consuetudine vel statuto sit introductum & receptū vt sententia possit nocturno tempore æque atq; diurno ferri. Huiusmodi quippe cōsuetudinē vel statutū valere, verius est Vant. *in tractat. de Nullit. tit. de Nullit. ex defectu iurisdict. n. 132.* Iason. *in l. 7. n. 13. ff. de feriis.* Nonnius *in §. omnis. Inst. de verbor obligat.*

Nec refragatur quod consuetudo eiusmodi sit contra sacros Canones & leges ideoque non valeat *cap. fin. extr. de consuet. Felin. in d. cap. consuluit. n. 18.*

Nam iura & canones, sententiam de nocte ferri prohibētia, causa saltē particulari & priuata vtilitate nitūtur & ideo per consuetudinē illis renunciari & derogari potest. Deinde legibus ciuilibus consuetudine siue ius nō scriptū derogare posse certum est *§ penult. I. de Iure Nat. gent. & ciuil. l. 32. ff. de legibus.* Quin & Canonibus pontificiis derogari per cōsuetudinem certū est: Nec hoc tā infirmat, quam confirmat *cap. final. de consuet. ubi*

Nam illic permittitur haut obscure per consuetudinem positiuo iuri derogari si modo consuetudo rationabilis sit & legitime præscripta.

Secunda exceptio præfatæ regulæ hæc est; Nisi iudex multitudine causarum & varietate negotiorum ita sit occupatus, ita obrutus vt interdiu sententiam proferre ipsi integrum non sit; tunc enim de nocte ipsi pronuntiare licere autumant. Menoch. *d.q.62.num.3.* Vaut, *d.tit.de Nullit.process.ex defect.iurisd.n.132.* Nonius *ad d.§.omnis.*

Verum hanc exceptionem reiicit Felin. *in d.cap.consuluit.n.18.vers.secundo fallit. extr.de offic.iud.delegat.* hac de causa quod, si periculum in mora est, differre potest in diem sequentem per text. *in d.cap. consuluit.*

Tertia exceptio est si res sit tempore peritura, adeoque periculum sit in mora. Nam cum hisce duobus casibus aliquis diebus feriatis ius reddere possit *l.1. 2.& 3. ff. de iurisdict.* inconueniens non est, si nocturno etiam tempore necessitate rei efflagitante, iudex pro tribunali sedeat & sententiam proferat Menoch. *d.q.62.n.5.* Bartol. *in l.More ff. de feriis.* ibidemque Iason *n.12.* Alciatus, Bald. Salicet & Petr. Gilcken. *in d.l.20. Cod de transact.* Medices *de casib fortuit.part.1.q.6.*

Quarto idem statuendum censent quando iudicantis expiratura esset iurisdictio; quoniam & tunc periculum est in mora, necessitatis casus vrget & feriatis quoque diebus sententia ferri potest. Nonius *ad d.§.omnis.n.23.* ibidemque Portius *num. 21.* Alciat. & Gilcken. *in d.l.20.*

Quinta exceptio est si partes consentiant vel expresse vel tacite: Nam horum consensu iudicem de nocte sententiam promulgare posse fere communis est sententia Felin. *in cap.consuluit.nu.* 18. Salycet. & Alciat. ad *d l 20. C. de transact.* Iason. *in d.l.More.ff.de feriis.* Bald. *in l.eos.§. fin autem.num.8.Cod.de appellat.* Ratio autem huius exceptionis in eo consistit quod consensu partium interueniente cessent rationes, ob quas supra dictum est non posse de nocte ferri sententiam: volentes enim de noctu etiam citari & iter facere possunt: Et si falsi quid occasione noctis & tenebrarum irrepat, hoc ad illorum iniuriam spectare non potest, cum volentibus ac consentientibus non fiat iniuria.

Quanquam hæc exceptio non arrideat Gilckenio: quia cum hic non consideretur sola vtilitas litigantium quibus quiescendi tempus concedi debeat, sed agatur etiam de auctoritate iudicii, quam iudex omnino cordi habere & tueri debet *l.obseruandum.ff.de offic. præsid.* & deinde certum tempus ipsi præfinitum sit, quo huiusmodi altercationes dirimi debeant, *d.Nouell.82.cap.3.* Idcirco solus consensus partium ad hoc non sufficiet vt iudex de nocte possit sententiam promulgare.

Sextam exceptionem, constituunt in delegato hunc enim aiunt etiam noctu pronunciare posse *Nonius ad d. §. omnis.l.de verbor.obligat.* Paulus de Castro *in d.l.Non minorem,20.C.de transact.*

Sed bene hanc exceptionem improbat Felinus *in d.cap.consuluit n. 18. vers. est verum.de offic. delegat.* Nam præterquam quod textus supra adducti generales sunt, nec inter ordinarium & delegatum quicquam distinguunt, obseruari etiam debet quod eædem rationes ob quas ordinarius iudex nocturno tempore pronunciare non potest, procedant & locum habeant etiam in delegato: Vbi autem eadem est ratio, ibi quoque eadem est iuris dispositio.

Septimam exceptionem aiunt locum habere in parte contumace; Nam quando alterutra pars contumax est, quoniam non, nisi de vrbanitate citanda est, idcirco de nocte ferri sententia potest.

Cum.

Cum enim nec citanda sit, nec præsentia eius desideretur nihil prohibet de nocte ferri sententiam: vtpote ratione prohibitionis cessante.

Lit. H. Sed nec hæc sententia sine magna difficultate sustineri potest, quoniam etsi vna deficiat prohibitionis ratio, altera tamen adhuc obtinet, ea, inquam, quæ ex falsi periculo & præsumptione desumitur. Vt taceam quod non solum ipsorum litigantium vtilitas, sed etiam iudicii publici auctoritas in cōsiderationem hic veniat eiusque ratio haberi debeat.

Lit. I. Quod denique pro tribunali sententia sit ferenda probat textus *in Nouell. 82. c. 3. & l. final. ff. de iustic. & iure.* Sed de hoc ipso iam tum supra sub lit. F. prolixe dictum fuit, ibi vide.

Denique ad sententiam, vt vim & effectum sortiatur, requiritur vt ad eius promulgationem partes sint citatæ, adeo, vt, nulla præcedente citatione, sententia, absentis litigatoribus promulgata nullius sit momenti *l. Ea quæ. C. quomodo & quando iudex.* Etiamsi pro absente sententia fuerit concepta Andr. Gailius *lib. 1 obseruat. 109.* Quanquam in iudicio Cameræ Imperialis citationem ad audiendam sententiam, tam in definitiuis, quam interlocutoriis sententiis non requiri testetur, eo quod sufficiat partes semel ad totam causam legitime ac peremptorie citatas fuisse. Veruntamen de citatione, quæ subiiciuntur, supra sub disputatione 4. *volum. prior.* fuse explicuimus, quo nunc breuitatis causa me refero.

Resolvtio Thesis Quarta.

Lit. A. Quæst. 21. *An valeat sententia incerta?* Vt porro sententia valeat, necessum est vt sit certa: *l. 5. & l. 59. ff. de re iudicat. §. Curare. I. de act.* Etenim hic finis est & scopus sententiæ vt quod obscurum, quod dubium & incertum est, clarum & certum efficiat. Certa autem sententia dicitur, ex qua apparet quid quale & quantum sit id, ad quod reus condemnatur *argum. l. certum. 6. ff. de Reb. credit.* Vult. ad *d. §. Curare. Inst. de actionibus.* de qualitate porro & quantitate apparet non tantum si certa summa verbis sententiæ sit expressa, sed etiamsi certitudo haberi possit relatione facta ad aliud, veluti ad acta, ad instrumenta, ad testamēta, ad codicillos *d. l. 59 ff. de re iudicat. l. 2. C. de sentent. quæ sine certa quant.* Vsque adeo autem necessarium est certam à iudice ferri sententiam, vt nisi id fecerit sententia nullius sit momenti, nec rei iudicatæ authoritatem habeat *l. penult. & vltim. C. de sentent. quæ sine certa quantitate. d. l. 59.* Et ratio huius expedita est: Illa siquidem res demum iudicata est, quæ finem accipit controuersiarum authoritate iudicis *l. 1. ff. de re iudicat.* Non imponit autem finem controuersia ea sententia cuius ex conceptione non apparet, quid quantumue præstandum sit, de quo quærebatur Donell. *ad d. §. Curare. I. de act.*

Regula proinde iuris verissima est sententiam debere esse certam. Quam regulam & eo casu locum habere Iustinianus Imperator demonstrat, quando de incerta quantitate apud iudicem actū est *d. §. Curare.* Nam fere plerumque incerta petitio admittitur, sed nihilominus certa sententia fertur. Duaren. *in d. l. 5. §. 1. Digest. de re iudic.* Hinc etsi in obligationibus faciendi, in quibus si factum non sit; quod debuit, obligatio & petitio est in id, quod interest *l. quoties quis. Digest. de verbor. obligat. l. 13. ff. de Re iud.* id autem quod interest incertum est, *l. si pœnam. Digest. de verbor. obligat. §. vlt. Inst. eod. tit. l. vlt. Digest. si quis in ius vocat. non ierit.* Tamen iudici incumbit prius cognoscere quanti intersit actoris, idque sententia sua complecti ac definire & illud reum actori condemnare *l. vnic. Cod. de sent. quæ pro eo quod interest.*

 Adeo

Adeo vt si reum condemnauerit his verbis, solue Titio, quanti eius interest, non censetur iudex suo functus esse officio.

Nec huic obstat quod vulgo traditur sententiam debere conformem esse libello & petitioni actoris; id quod non fieret si petitio esset incerta, sententia vero incerta. Etenim dicterium istud, ait Duarenus falsum esse, nec ex *l. fin. C. de fideicomm. libert. & l. vt fundus. ff. comm. diuid.* quæ ad illud stabiliendum allegantur, probari posse. Sed Zasius, Mynsinger, & Petr. Heig. ad *d. §. Curare.* illud hoc modo interpretantur vt sententia libello conformis esse debeat quoad rem petitam, quoad causam petendi & quoad actionem institutam; ita vt neque de re alia, quam quæ petita est, neque ex causa alia quam ex qua petita est; neque ex actione alia quam quæ intentata est, sententia ferri possit & debeat *l. 3. ff. de institutoria act.* Atque hoc ipsum verbis admodum notabilibus exprimit quoque Sneidevvin. *d. §. Curare*, quæ huc adscribere placet: Hæc conclusio, inquit, non
„ intelligenda est quod sententia debeat
„ esse conformis libello quoad conclu-
„ sionem libelli, alias omnis sententia es-
„ set condemnatoria & Reus nunquam
„ absolueretur. Cum actor in conclusione
„ libelli semper petat reum condemnari,
„ & tamen iudex reos, tanquam magis fa-
„ uorabiles, absoluat, præsertim actore
„ non probante. Sed ita sententia confor-
„ mis sit libello, vt secundum ea, quæ pe-
„ tuntur vel condemnatoria vel absolu-
„ toria sententia feratur. Hinc Baldus in *l.*
„ 1. *C. si plures vna.* dicit, quod sententia in
„ tribus debeat esse conformis libello
„ primo quoad rem petitam vt iudex in a-
„ liam rem non condemnet reum. Se-
„ cundo quoad causam ex qua res petita
„ est, vt si actor petat 100. ex causa depo-
„ siti iudex non condemnet reum ex causa mutui.

Tertio quoad actionem, quam actor „
instituit. Et sic ista conclusio limitatur „
procedere vt sententia sit conformis li- „
bello quoad modum decidendi vt se- „
cundum causas adductas & res petitas „
absolutoria vel condemnatoria senten- „
tia feratur, non quoad conclusionem „
seu modum petitionis actoris, alias reus „
semper condemnaretur, vt dictum est.

Cæterum ista regula quod sententia debeat esse certa, non ita perpetua est vt non interdum fallat. Idque ipsum Iustinianus quoque satis euidenter significat, quando ait iudicem certam debere ferre sententiam, *quantum possibile est, d. §. Curare.* Et primo quidem tunc indubitate incerta sententia valet quando rei petitæ præstatio pendet ex electione debitoris *§. si quis agens. Instit. de action.* id quod accidit in pluribus rebus disiunctim aut generaliter promissis. In his quippe cum sit debitoris electio, placet quoque talem actoris petitionem esse debere, vt eodem modo petat, quo stipulatus est, disiunctim, Stichum aut decem, aut generaliter hominem. In huiusmodi vero petitione fieri non potest quin eadem sit condemnatio iudicis, id est, incerta, ne in vnam rem certam promissorem condemnando, adimat ei electionem, quam & stipulatio & petitio actoris illi tribuit. Donell. *in dicto §. Curare. Instit. de act. & l. qui ex pluribus. 106. ff. de verbor. oblig.*

Secundo incertam sententiam valere, ait Zasius, si non sit definitiua, sed interlocutoria, & rationem huius istam reddit quod interlocutoria sententia reuocari à iudice vel certificari possit. ad *leg. quod iussit. numero 16. ff. de re iudicat.*

Tertio exceptionem patitur præfata regula in accessoriis rei principaliter petitæ, si videlicet illarum accessionum petitio incerta fuerit & generalis; vt si actor libello vsuras, fructus cum omni damno

cum omni damno & intereſſe petierit. Et hæc exceptio ſtabilitur ac confirmatur multis textibus iuris ciuilis & pontificii: Vnus eſt *in §.1. de offic. iudic.* vbi Iuſtinianus ait, *ſi contra poſſeſſionem iudicet, iubere debet ei vt reſtituat rem omnem cum fructibus.*

2. Eſt deinde etiam locus *in l. 3. Cod. de inutil. ſtipulat.* vbi petitur id quod intereſt generaliter.

3. *In l. terminato. Cod. de fructib. ac lit. expenſis.* condemnatur reus ad expenſas generaliter & indefinite.

4. *In cap. Cum ad ſedem. C. de reſtitut. ſpoliator.* Caſtrum iubetur cum pertinentibus reſtitui. Idem *in capit. cum venerabilis. extr. de except.*

Ex his proinde fundamentis concludendum videtur, expreſſionem, definitionem ac determinationem harum acceſſionum non eſſe neceſſariam neque in petitione neque in ſententia: Et licet iudex pronuntiare debeat vſuras deberi, fructus & expenſas; non tamen cogitur quantitatem certam definire.

Sed huic ſententiæ videtur aduerſari *L. 3. Cod. de ſenten. quæ ſine cert. quant.* Cuius hæc ſunt verba: *Hac ſententia omnem debiti quantitatem cum vſuris competentibus ſolue, iudicati actionem præſtare non poteſt, cum apud iudices ita demum ſine certa quantitate facta condemnatio auctoritate rei iudicatæ cenſeatur, ſi parte aliqua actorum certa ſit quantitas comprehenſa.* Ecce hic aperte improbatur iſta ſententia, qua reus generaliter condemnatur in vſuras nulla facta quantitatis vſurarum determinatione.

Verum Duarenus ad hunc textum reſpondet, verba iſta, *cum vſuris competentibus*, idem ſignificare, quod ſi *quæ competunt vſuræ*, adeoque quæſtionem illic non fuiſſe propoſitam, nec à iudice deciſam, quænam & quantæ vſuræ debeantur? ſed an aliquæ debeantur vſuræ?

Similiter non obſtat textus *in l. 3. §. armamenta. C. de rei vindicat.* vbi dicitur nõ ſufficere generaliter peti armamenta nauis, ſed ſingula armamenta eſſe vindicanda. Obſeruandum quippe eſt illic armenta non peti vt acceſſorium, ſed vt principale, cum principaliter peti poſſint ſine naui.

Tertia igitur exceptio eſt in acceſſoriis de quib. ſententia incerta lata valet.

Quarta exceptio in actionibus vniuerſalibus, veluti hæreditatis petitione, familiæ herciſcundæ actione, in quibus cum petitio ſit generalis, nec ſingulæ res quæ in vniuerſitate petita continentur, ſpecifice deſignanda ſunt; idcirco opus non eſt vt iudex certam in huiuſmodi iudiciis ferat ſententiam: interim tamen cum ad talis ſententiæ executionem peruentum fuerit res ſingulæ vniuerſitate contentæ, ſpecificandæ erunt. vide quæ hac de re dixi ſupra *diſput. 4. th. 10. q. 58 volum. prioris.*

Subiicienda hic eſt quæſtio ad propoſitum maxime pertinens, anne iudex ſententiam incertam, quam tulit, declarare & certificare poſſit? Quæſt. 32. *An iudex poſſit ſententiam incertam declarare & certificare?*

Et videtur prima fronte ſententia negatiua ad veritatem propius accedere, propter textum *in l. iudex poſtquam. 55. ff. de re iudicat.* vbi dicitur iudicem poſtquam ſemel tulit ſententiam, deſinere eſſe iudicem & ſententiam mutare non poſſe, eo quod ſiue bene, ſiue male pronunciauerit, functus ſit officio ſuo, & quia iudex per huiuſmodi declarationem poſſet venire ad retractationem ſententiæ, idcirco non videtur ipſi permiſſa eſſe declaratio ſententiæ *l. 1. C. ſent. reſcind. non poſſ.*

Equidem plerique Interpp. diſtinguunt inter ſententiam interlocutoriam & definitiuam, vt ſententia quidem interlocutoria incerta declarationem admittat. Sententia vero definitiua à iudice delegato declarari non poſſit; ab ordinario poſſit quoad obſcuritatem.

Et

Et hæc distinctio rationem perspicuam habere videtur: Idcirco enim per iudicem sententia interlocutoria potest declarari, quia in totum potest reuocari & mutari, siue concernat processum siue emergentem, siue incidentem quæstionem, quia per interlocutoriam non est finitum iudicis officium *l. quod iussit 14. ff. de re iudicat.* At definitiua nec mutari nec reuocari potest *d. l. quod iussit.* vt hoc etiam supra prolixe admodum demonstratum fuit. Vnde existimarem quod eam quoad incertitudinem non possit declarare, quoniam huiusmodi declaratio induceret mutationem sententiæ, ita vt plane noua videretur esse sententia; Quanquã quoad obscuritatem posset eã declarare, quia vt ait Sueidewin. qui obscuritatem sententiæ declarat, nihil de nouo addit, sed eam duntaxat illustrat: Addit autem aliquid qui incertitudinem ac generalitatem tollit remque, super qua erat lata sententia specifice designat.

Lit. B.

Quæ. 23. *An in legib. nostris reperiatur interesse, pro eo quod interest positum?*

De eo quod interest incidenter hoc in loco noster Trentlerus disserit, idcirco, quæ de eo proponit, explicabimus.

Et primo quæritur, an nomen *interesse* pro eo quod interest in legibus nostris reperiatur? Id nonnullis affirmandum videtur.

1. Sic enim *in l. quod sæpe 35. in fine. ff. de contrahend. empt.* hæc verba habentur: *Teneri venditorem ad interesse dicimus.*

2. *In l. debitor. 82. in pr. versic. alioquin. ff. de legat. 2.* hæc verba habentur: *Alioquin secundum illam sententiam, si interesse vsurarum tantum est à legato &c.*

Sed hanc sententiam ad vnum fere omnes improbant ac cum Fulgosio *in l. 2. ff. si cert. pet.* statuunt interesse in iure nostro nusquam substantiue vsurpatum reperiri. Ita Alciatus *in lib. de eo quod interest.* Donell. *in comm. ad L. vnic. C. de sent. quæ pro eo cap. 2.* Iohannes Oesten. *in tractat. de eo quod interest. c. 1. n. 1.* Æmylius Ferret. *in comm. ad l. vnic. C. de sentent. quæ pro eo quod interest, num. 1.* Iohannes Corasius *lib. 1. miscell. c. 20.* Iohannes de Relaberta *in tractat. de mora c. 6.* Grisson. *lib. 9. de verbor. significat.*

Nec contrarium euincunt duæ illæ leges supra adductæ: Quod enim ad priorem attinet, respondet ad eam Corasius & post Corasium Oestenius, in pandectis Florentinis, vtpote emaculatioribus, hanc vocem *interesse* non reperiri; Et cum Accursius Glossator ad verbum teneri, supplet, *ad interesse*, consequens vtique est eadem verba in textu non extitisse, alioquin Glossa & suppletio ista Accursiana inepta foret ac plane otiosa.

Ad alterum textum ex *d. l. 82. pr. ff. de legat. 2.* respondent, in castigatioribus exemplaribus *pro interesse vsurarum* legi *interessurium.* Cum igitur vtriusque textus lectio variet, sit ambigua & inconstans, idcirco nihil certi exinde inferri & concludi potest.

Cæterum etsi nomen interesse substantiue positum in legibus nostris non legatur, non tamen propterea cum Fulgosio Alciato & Æmyl. Ferretto dicendum videtur; hanc dictionem *interesse* nominaliter & substantiue positam esse impuram, ineptam, barbaram & illatinam. Si enim, inquit Antonius Fumæus, recte & latine dicimus, tuum scire, nostrum viuere, suum velle, vt in illo; *scire tuum nihil est, nisi te scire hoc sciat alter.* Et apud Pers. *Tum, cum ad canitiem & nostrum illud viue & triste aspexi.* Et apud eundem: *Velle suum cuique est, nec voto viuitur vno.* Cur non etiam recte ac latine diceretur, *tuum, aut meum interesse.*

Et hanc sententiam comprobat quoque vsus loquendi receptissimus: Quid enim apud ICtos nostros & iuris interpretes receptius, quid frequentibus, quam vt pro eo quod interest, interesse dicant: Iam vero, teste Platone in Eratylo

tylo; nomina diuturnitate temporis sæpe distrahuntur, confunduntur ac peruertuntur. Non igitur vsque adeo superstitiosi esse debemus vt pro eo quod interest interesse cum Interpp. dicere addubitemus.

Quæ. 24. *An interesse verbaliter in legibus vsurpetur?*

De illo sane dubium nullum est quin in legibus etiam nostris interesse verbaliter vsurpetur; duplicem quippe significationem in iure habet; primo enim accipitur ita vt idem significet quod diuersum vel oppositum esse, seu differentiam esse: Ita enim Paulus *in l. si bene. 33. ff. de vsur.* vbi ICtus Paulus ita scribit: *Nam inter insolentiam iniuriosam & diligentiam non ambitiosam multum interest* Et *in l. domum 57. in pr. ff. de contrahend. empt.* Idem Paulus ait, *hanc quæstionem multum interesse quanta pars domus incendio consumpta maneat &c.* Deinde significat idem quod ad vtilitatem alicuius spectare. Et hæc posterior significatio videtur esse frequentior & vsitatior, nec non magis propria: Nam interest mea dicitur, quasi in re mea est, id est ad vtilitatem meam pertinet. Sic *in l. 1. Digest. solut. matrim.* dicit ICtus Reipublicæ interest, id est, vtile est, dotes mulieribus conseruari. Hinc etiam id quod interest in legibus nostris vtilitas dicitur *in l. Ex empto. 11. §. qui autem. Digest. de act. empt. l. quoties. 81. §. 1. Digest. de verbor. obligat. l. Eum qui 14. § fin. Digest. de furt. l. 9. §. vlt. Digest. ad exhibend. l. proinde 22. pr. Digest. ad L. Aquil. l. 2. pr. & §. vlt. Digest. de eo quod cert. loco l. 21. §. cum per venditorem. Digest. de act. empt. l. 1. §. hæc verba neuis. l. heredes. §. si incerto. Digest. famil. hercisc.* quibus omnibus in locis vtilitas & interesse promiscue ac indifferenter vsurpantur. Molin. & Franc. Hotoman. *in d. l vnic. Cod. de sent. quæ pro eo quod interest.* Osten. *in d. tractat. de eo quod interest. c. 1.*

Quæ. 25. *Quotupliciter sumatur in iure id quod interest?*

Sed & in hac significatione, qua vtilitatem denotat, siue id quod ad nostrum commodum spectat, rursus duplicem habet significationem, vnam generalem alteram specialem: generaliter enim sumitur pro omni eo quod ad nostram vtilitatem pertinet, siue principaliter, siue accessorie; id quod Vlpianus his verbis demonstrat: *Si res vendita non tradatur, in id quod interest, agitur hoc est quod rem habere interest actoris: Hoc autem interdum precium egreditur si pluris interest, quam res valet vel empta est l. 1. Digest. de act. empt.* Ecce, his verbis clare ostenditur quod interesse ad rem principaliter debitam atque petitam referatur, & simul ad id quod rem istam, seu rei precium & valorem excedit. Nomine igitur eius quod interest non solum accessiones, fructus & vsuræ, sed res etiam ipsa principaliter debita continentur.

Et quod id quod interest etiam ad rem ipsam debitam referatur, textus est bonus & perspicuus *in l. vlt. Digest. si quis in ius vocat.* vbi Vlpianus id quod interest dixit pro quanti ea res est, vt patet ex *l. 2. in fine. Digest. qui satisd. cog.* Et quod pro rei principalis æstimatione vsurpetur euincit *l. Eum qui 14. §. vlt. l. si vendidero 18. §. 1. Digest. de furt. l. 5. §. Et si quidem. Digest. de præscript verb. l. 1 Cod. de his quæ à non domino.* Quin etiam id quod interest significat partem restantem vt *in l. 3. §. si reddita. Digest. commodat.* vbi Vlpianus hoc modo scribit: *Si reddita sit res commodata, sed deterior reddita, non videtur reddita, quæ deterior facta redditur, nisi quod interest præstetur*, id est nisi æstimatio partis deterioratæ præstetur. Et *in l. 45. Digest. de contrahend. empt.* Idem Vlpianus scribit: Si emptor vestimenta interpolata pro nouis emeret emptori præstandum quod interest, siquidem ignorabat venditor; si sciebat etiam damni nomine, quod ex eo contingit, tenetur.

Et ita id quod interest generaliter sumitur: Specialiter vero quando capitur, ponitur ad differentiam rei seu debiti principalis, vt extrinsecam vtilitatem, seu id

pretia rerum non ex affectione nec vtilitate singulorum, sed communiter funguntur: Nec enim qui filium naturalem possidet tanto locupletior est, quod eum, si alius poss ederet, plurimo redempturus fuisset.

3. Ad hæc verba ista ac termini, *interesse commune, singulare, Conuentum,* sunt plane inaudita veteribus ICtis & à quibusdam Interpretibus iuris demum excogitata & adinuenta. Nec enim interesse communis, singularis & conuēti vlla fit mentio in legib nostris.

4. Insuper interesse conuentum quod appellitant reuera esse nullum ex adductis locis satis superque colligitur. Nec enim quantitas ista quam ex faciendi obligationibus quis stipulatur, est ipsum interesse, sed & pœna quam loco interesse stipulamur. Sic enim Iustinianus *in d. §. vlt. de verbor. oblig.*

Non solum res in stipulatum deduci possunt, sed etiam facta; vt si stipulemur aliquid fieri. & in huiusmodi stipulationibus optimum erit pœnam subiicere, ne quantitas stipulationis in incerto sit, ac necesse sit actori probare quod eius interfit. Proinde ex faciendi obligationibus pro eo quod interest, seu loco eius stipulamur pœnam. Hæc pœna nusquam in iure appellitatur interesse. Deinde ab eo quod interest perspicue differt, quoniam pœna certa est; At id quod interest incertum. *d. §. vltim.* Idem quoque perspicue probat *d. l. fin. ff. de prætor stipulat.* Tantum igitur abest vt in istis locis conuentum interesse fundetur, vt potius in illis aperte destruatur.

5. Denique quod nullum sit commune interesse, hinc patet quod si commune interesse illud appellant quod non tantum nostrum, sed etiam aliorum est, nullum erit commune interesse: Quisquis enim petit id quod interest, ille petit quod sua interest priuatim, id est quod sibi abest, non alii *l. 1. ff. de act. empt. l. 3. in fine. ff. vti possidet. l. quatenus. de R. Iur.* Vtilitas autem propria cuiusque quam quis persequitur, non est communis.

Nec obstat quod id quod interest cō muniter æstimatur *d. l. 33. ff. ad L. Aquil. l. 63. ad L. Falcid.* Nam aliud est æstimatio, aliud id quod æstimatur; aliud interesse, aliud eius æstimatio; Id quod interest non est commune, sed cuiusque proprium, vt ostensum est, æstimatio vero interesse potest esse communis Donell. & Oesten. *dd. loc.*

Quocirca hisce propositæ diuisionis membris remotis, consequitur falsam esse & confictam supra propositam Dd. distributionem; adeoque eius quod interest vnum esse genus re & æstimatione.

Re vnum est quia qui id quod interest petit, non aliud petit, quam quod sua interest, quam quod sibi abest. Æstimatione vnum est, quoniam tanti vbique æstimatur, quanti reuera est, id est quanti est communi hominum computatione & æstimatione non priuati alicuius iudicio aut affectu *d. l. 33. ff. ad L. Aquil. & d. l. 63. ff. ad L. Falcid.*

De eo quæstio satis intricata est, anne id quod interest possit in delictis excedere duplum? Affirmat hoc Andr. Alciat. *in tractat. de eo quod interest c. 10.* Iisque sequentibus fundamentis obtinere nititur. Quæst. 27 *An in delictis id quod interest possit excedere duplum?*

1. In *l. Iulianus. ff. de Rei vidicat.* dicitur si, vt te decipiam tignum tibi vitiosum vendidero, & domus corruerit omne, tibi detrimentum sarcire compellor. At hoc non solum duplum, sed etiam decuplum excedere potest.

2. Idemq; comprobat *l Infitiando. §. fin. de furt.* Nam sub pœna ducentorum aureorū promisi tibi librum cōmodare Titius furatus est librum, quapropter coactus sum tibi ducenta soluere, cum liber decem non excederet, Titius fur, dicitur ad hæc ducenta teneri.

3. Insuper tu vi aut clam aliquid damni mihi dedisti, ita debes damnari vt in eodem statu constituar, quo forem si nec vi, nec clam aliquid fecisses: At hoc duplum æstimationis damni egredi potest *l. semper. §. In hoc interdicto. Digest. quod vi aut clam.*

4. Eodem præterea facit *l. 22. pr. ff. ad L. Aquil.* vbi generaliter & indistincte asseritur quod in delicto damni iniuria dati ex lege Aquilia omnis vtilitas, omne interesse præstari debeat.

5. Accedit quod cum in contractibus ob dolum commissum id quod interest excedere possit dupli quātitatem, vt infra suo loco demonstretur; illud multo magis in delictis dolo malo perpetratis locum habebit, vt quæ longe maiori odio sint digna, quam contractus dolo initi.

6. Deinde posito, quod ista dupli taxatio in delictis locum sibi vindicet, sequeretur quod is, qui damnum passus est, totum quod sibi abest alieno maleficio, non posset consequi & sic ipse ex alieno delicto cogeretur sentire damnum; Et maleficia non, vt decet, coercerentur, contra *l. ita vulneratus 51. Digest. ad L. Aquil.*

Cæterum Bartolus in contraria est opinione & statuit nec in delictis interesse excedere posse duplum. Et pro hac tuenda sententia adducit *d. l. vnic. Cod. de sent. quæ pro eo quod interest*, ibi enim generaliter & indistincte sancitur in omnibus qui certum habent quantitatem vel naturam, quod interest dupli quantitatem non excedere.

Sed respondet Alciatus ex verbis legis & exemplis subiectis apparere quod ea Iustiniani constitutio procedat solum in contractibus, in delictis vero locum non habeat: Quocirca cum nulla extet noua imperialis sanctio qua ei quod interest in delictis etiam modus statuatus, dubitandum non est quin iuxta supra adductas leges duplum, vel etiam quadruplum exeedere possit id quod interest.

Sic etiam non obstat *l. dominis 6. C. de calumn.* vbi dicitur quod dominis seruorum, per calumniam accusatoris tortorum, aduersus eum pœna dupli lege Iulia prouideatur.

Nam hactenus id verum est, quandiu non constat de calumnia, vt quia habuit iustam accusandi causam: Tunc enim ex taxatione legis in duplum agitur contra calumniatorem. Si vero arguatur & probetur eius calumnia, cessat taxatio dupli *l. final. ff. de calumniator.*

Similiter non resistit *l. si duo. 3. ff. vti possidet.* quæ etiam à dissentientibus in contrarium allegatur, cum potius sententiam nostram confirmet: Nam ICtus Vlpianus eo in loco asserit in interdicto vti possideris venire quanti res est. Et hoc ita accipiendum esse ait, quanti vniuscuiusq; interest possessionem retinere, sine vlla distinctione & limitatione asserens totum id quod interest peti posse. Osten. *in tractat. de eo quod interest. c. 5. n. 55.* Et hoc indubitate procedit in delictis dolo perpetratis.

Sed quid, si in delictis, vt in damno Lege Aquilia vindicando non dolus, sed culpa interuenerit? Et verius est quod idem plane statui debeat: Tum quia leges supra adductæ nil quicquam distinguunt: Tum etiam quia in actione L. Aquiliæ sola indemnitas in obligatione versatur & non rei ablatæ, sed damni ratio habetur.

Quapropter non aduersatur quod vulgo obiici solet, in obligationibus ex delictis quandoque taxari rem certæ naturæ vel qualitatis: Nam eius ratio nulla habetur, sed damnum datum æstimatur, quanti est. Quanquam pro ratione culpæ condemnatio sit moderanda, ne culposus æque teneatur atque dolosus, argum. *l. Cum autem 23. §. Excipitur in verb.*

errore

errore.Digest.de adilit.edict. Neue pœna delictum contra *l.rescriptum.de his qua vt indignis.*

Quæst.28 *An pœna conuentionalis duplũ excedere queat.*

De eo quoque variæ atque diuersæ extant Dd. opiniones anne pœna conuentionalis, siue, vt loquuntur, interesse conuentum duplum excedere possit?

Primo enim Andr. Alciatus ad *l. vnic. Cod.de sentent.qua pro eo,&c.* Osten. *de eo quod interest.c.5. num. 65.* & Cuiacius statuunt, in casibus certis pœnam vltra duplum non esse exigendum.

1. Quia si id quod reuera interest, duplum egredi non debet, multo minus pœna, quæ quoque licet nostri nihil intersit, vel non constet, quanti intersit, præstanda est,dupli quantitatem excedere debet.

2. Quia hæc pœna loco eius quod interest,surrogatur §.*fin.Inst.de verb. obligat.l.vlt. de prator. stipulat.* Naturam igitur eius imitari debet.

3. Quia postquam Imp. constituit de casibus interesse,quid in iis obseruari velit, subiiciat: *Natura congruum esse, eas tantum pœnas exigendas, qua cum competente moderamine proferuntur.* vero simile igitur videtur, Imp.voluisse, quod pœnæ quæ à contrahentibus proferuntur, præcedentem moderationem in multo excedere non debeant.

4. Quia hic est legitimus vsurarum modus à ll. constitutus *l.26. §. supra duplum ff.de cond.indeb.*

5. Quia hæc sententia videtur,teste Wesenb.ad § *alteri, Instit.de inut. stipulat.* æquior & benignior, ac in summis Curiis, vbi ex æquo & bono iudicatur, recepta. In casibus vero incertis id quod verosimiliter interesse posset venire:nec vero ab actore exigitur, vt probet tanti sua interesse, & inde pœnam consequatur: sed satis est, si res talis sit,vt proposita facti contingentia, appareat, huius vel alterius, qui idem stipulatus foret, tanti interesse potuisse, quantum in stipulationem deductum est.

Verum hanc opinionem reiicit Donellus *c.fin.tr.de eo quod interest*: Quia iniquum est, quod tunc, cum mea pluris interest, mora abs te commissa & mihi pœna adiecta, cauere & vigilare voluerim, me non vltra duplum ex ea stipulatione pœnali petere posse, nec vigilantiam meam mihi prodesse; Cum præsertim vigilantibus ius scriptum sit *l. pen.in fin ff.qua in fraud.creditor.*

Non obstant quæ ab Oesten.contra Donell.allata sunt: nam ad 1. R. argumentum illud à minori ad maius & vice versa, valere vbi eadem est ratio maioris & minoris, non vero vbi diuersa est ratio, vti in hoc casu. Etenim cur æstimatio vel taxatio eius quod interest dupli quantitatem non excedat, duplex est ratio 1. Quod hac peculiari constitutione Iustin. *in d.l.vnic.C.de sentent.qua pro eo &c.* cautum hoc & effectum est; ante eam constitutionem, citra omne dubium, poterat etiam quantitas interesse dupli quantitatem excedere, vt patet ex *princ.d.l.vnic.*

De pœna vero conuentionali, nulla in toto iure huiusmodi constitutio reperitur, qua ad dupli quantitatem ea redacta fuerit. 2. Altera ratio est, quam in ipsa *l.vnic.Imp.*exprimit, quod de eo ipso quod interest antiquæ dubitationes in infinitum productæ fuerint, quas coarctare commodum ipsi visum fuerit.

De pœnæ vero conuentionalis taxatione & æstimatione, quæ obsecro dubitationes oriri poterant, cum ea semper certa sit,ac conuentione contrahentium definita, neque de illa vnquam veterum dubitationes fuisse legimus.

Ad *secundum* nego & pernego pœnam conuentionalem in locum eius quod interest surrogatam fuisse, neque id vllo textu iuris satis probari potest. Nam quod ad §.*fin. de V.O. & l.fin.de prat. stipul.*

respondeo, in illis nihil aliud probari, quam quia eius quod interest probatio & taxatio difficilis sit, ideo vtile esse potius pœnam stipulari ac certam summam comprehendere conuentione; Iam vero si pœna tanquam in locum eius quod interest surrogata, superaret naturam surrogati, eamque assumeret, vt eadem æstimatio esset interesse & pœnæ, cur obsecro potius pœnam stipulari suaderet Imp. quam interesse: accedit quod Imp. *in d. §. fin.* ideo dicit pœnam stipulari oportere, ne quantitas stipulationis sit incerta: iam vero si pœna conuentionalis ad modum interesse esset constituenda, nec id quod reuera interest excedere posset (vti Alciatus & alii volunt) certe quantitas stipulationis non minus certa foret, quam si pœna nunquam promissa fuisset: cum quantitas pœnæ non prius constitui possit, quam de quantitate eius quod interest, constaret.

Denique pœnam non in locum eius, quod interest, surrogatam esse, euidenter probat *l. 38. § alteri. ff. de V. O.* vbi diserte dicitur, etiamsi alicuius nihil intersit, tamen posse pœnam exigi.

Ad *tertium* respondeo cum Imp. *in d. l. vnic.* dicit pœnas videlicet conuentiones *cum competenti moderamine proferri*, non respicere ad taxationem illam & moderamen, quod ibidem interesse præstiterit, sed hoc velle, quod in eo casu, vbi res talis est, vt in proposita facti specie appareat, neque huius qui stipulatus est, neque cuiusquam alterius, aut pecuniariter, aut ex affectione interesse posse ad eam summam, quanta pœnæ nomine promissa est, quod vltra fuerit, quantulumcunque id sit, nobis præstandum non esse.

Ad *quartum* resp. nos non loqui de eo casu, quo pecunia debetur: nam vltra fatemur libenter, pœnam dupli quantitatem excedere non posse, ne videatur fraus fieri legitimis vsuris.

Ad *quintum* resp. 1. Nihil æquitati & fidei humanæ magis consentaneum esse, quam ea quæ placuere seruar, *l. 1. ff. de pact.* Atqui pœnam duplum excedere, quandoque conueniri potest. Ergo hoc seruari æquum est; & ita consequenter falsum erit, contra æquitatem esse pœnam duplum excedere. 2. Stipulationem pœnalem dico esse stricti iuris, ideoque non tam quid æquum sit, quam quid inter contrahentes conuenerit spectandum. Denique non habere promissorem, quod conqueratur de stipulatione, sibi enim imputet, quod ad huiusmodi sese adstrinxerit.

Secunda opinio est quorundam veterum, qui statuunt pœnam conuentionalem ad quadruplum ascendere posse, non vltra. Mouentur autem hi textu. *§. omnes Inst. de act.* Cæterum respondeo. §. illũ loqui nõ de pœna conuentionali, sed legati: at vero hæ nihil simile aut commune habent: nam legatis à lege iniungitur inuitis pro delicti modo: conuentionalem vero vnusquisque pro voluntate sua sibi imponit, dum pro commodo stipulantis quid futurum esse paciscitur. Donell. *c. fin. de sent. pro eo. 2 per l. mulier. in fin. C. de sponsal.* vbi Imp. Leo permittit ad quadruplum arrharum amissionem institutionemque pœnæ loco stipulari.

Veruntamen respond. olim legitimam pœnam retractantium sponsalia fuisse amissionem & restitutionem arrharum in quadruplum, vt ita non tam conuentionis, quam in vim anteriorem legum id Imperator concesserit.

Tertia opinio est Donelli ad *l. 38 alteri. in fine. & c. fin. de eo quod interest.* Fachin. *1. controu. 50.* statuentium, nullum certum modum à *ll.* pœnis esse constitutum, quem conuentione excedere nõ liceret.

1. Quia Iustinianus *in d. l. vnic. Cod. de sen-*

sententi. quæ pro eo, distinguit eas pœnas, quæ à contrahentibus proferuntur, ab iis, quæ *ll.* certo fine statuuntur. Vnde colligitur, conuentionales non certo fine statui, alioqui enim non rectè separentur à pœnis quæ à *ll.* certo fine statuuntur, si omnes certum & definitum à *ll.* modum haberent.

2. Quia omnis conuentio, quæ non est contra leges, contra bonos mores, est seruanda, *l.* 7. § *ait prætor. ff. de pact.* Atqui non est *ll.* contraria stipulatio hæc pœnalis, non certe contraria est constitutioni Iust. n. *in d. l. vnic.* nam ea loquitur de interesse, non de pœna, quæ sane multum à se differunt. Nam de interesse nominatim nihil conuenit, de pœna autem conuenit nominatim. Nec etiam bonis moribus aduersatur. Ergo talis cōuentio pœnalis valet & iure sustinetur.

3 Quia non inspiciendum est quid intersit, sed quæ sit pœnæ quantitas, in stipulationem deducta *l.* 38. §. *alteri. ff. de V. O.*

4. Quia *in l.* 4. §. *fin. ff. si quis caut.* dicitur, eum, qui sciens pluris, quam statutum est, iudicio sistendi causa promiserit, firmiter obligari.

Verum enimvero ad hæc argumenta hunc in modum non incommode responderi posset.

Ad *primum*: non distinguere Imp. pœnas legales à conuentionalibus in eo, quod illis certus modus præstitutus sit, quem excedere non possint, his autem non item: Imo contrarium patet ex eo, quod ibidem diserte ait, *conuentionales cum certo moderamine proferri*, quod certe perinde esse videtur, ac si dixisset. *quarum certus modus est constitutus*, sed in eo separantur à se inuicem & distinguuntur, quod legalibus tantum modus certus à lege sit præstitutus, conuentionalibus vero etiam ab hominibus, ibi, *proferuntur certo moderamine.*

Inst. Fachin. verba illa *d. l. vnic. cum competenti moderamine* ita accipit, vt valeat quidem conuentio pœnalis, quantacunque ea sit, sed tamen eam iudex moderari & taxare debeat, nec pati vt immoderata exigatur pœna. *c. suam de pœn.*

Don. Vero per distinctionem hæc explicat: aut, inquiens, in ea causa promissa est pœna, in qua, genere ipso tanti interesse potest, quantum pœnæ nomine promissum est: aut vero res talis est: vt proposita facti specie, appareat nihil, neque huius, neque alterius cuiusquam, qui idem stipulatus foret, neque promissum accepisset, ad eam summam interesse posse, quanta pœnæ nomine promissa est. Priori casu dicit, nullum prorsus pœnæ modum quærendum esse, propter superiores rationes ab ipso adductas: posteriori vero quod vltra id fuerit, quod interesse potest, dicit præstandum non esse videri. Finge, ait, rem promercalem esse promissam, aut eiusmodi, qualem quiuis eodem modo, eodem precio possit reperire, & nisi datetur promissam esse pœnam in hanc sententiam me finis ipse pœnæ veluti manu deducit, finis hic est, vt pœnæ adiectione nobis ea summa cautum sit, de eo quod interest, vt si quo modo nostra interesse potest vel ex affectione, an intersit nec ne, & quatenus intersit non quæratur: faciam, neque in eam rem de qua agitur, affectionem vllam cadere, neque fieri posse, vt ad hunc vel illum modum cuiusquam intersit, idque genere ipso rei constare, vt si res sit ea, quam modo dixi, conficitur pœnam exigi non posse, *arg. l. quod dictum. ff. de pact.*

Ad *secundum* respond. assumptionem esse falsam: nam videtur esse contra *ll.* quibus modus vsurarum certus est constitutus, quas duplum excedere prohibitum est, *l. fin. Codic. de vsur.*

Inst. Donell. non se de eo casu loqui, quo in stipulationem pecunia vel alia res

cuius

cuius vsuræ debentur, deducta est, nam tunc se non negare, quin pœnæ quantitas duplum excedere non possit.

Deinde ait Oesten. esse contra bonos mores, cum altera pars, ea ratione exhauriatur iniuriaque & damno efficiatur: altera vero locupletetur, atque ita inæqualitas committatur, qua commutationis perpetuitatem collabi & perire necessum sit.

Ad *tertium* respondet Oesten. *d. §. alteri*, hoc tantum probari posse quod valeat stipulatio qua pœna promissa, etiamsi stipulantis nihil intersit fieri quod promissum: non vero ex eo id probari, valere stipulationem ad hoc, vt pœna etiam quantumcunque promissa, exigi possit: sed valere stipulationem pœnalem sub competente moderamine.

Ad *quartum* respondet Oesten. stipulationem iudicio sistendi factam, valere licet plus quis promiserit, quam statutum esse, id est, vltra duplum, *Cuiac. tr. 8. ad Afr. ad l. 44. de act. empt.* non etiam quod infinitum, aut vltra quam verosimiliter interest stipulanti liceat.

Quæ. 29. *An id quod interest recte definiatur damnum obueniens & lucrum cessans?*

Definitur præterea interesse *damnum obueniens & lucrum cessans vltra rem ipsam.*

Sed huic definitioni obstare videtur. quod quæ facti sunt, definiri non possunt *l. 32. de vsur. & mora.* Facti enim interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallit *l. 2. ff. de iur. & facti ignorant.* Iam vero quatenus cuiusque intersit in facto, non in iure consistit *l. 24. ff. de Reg. Iur.* sequitur proinde, quod id quod interest definiri non possit.

2. Eidem definitioni non parum refragatur quod interesse proprie non est ipsum damnum & lucrum cum propter damnum & lucrum præstetur id quod interest; vt ita lucrum & damnum sint veluti causæ procreantes eius quod interest. Id quod etiam ICtus Paulus innuere videtur *in l. si commissa 13. ff. rem rat. haber.* dum ait, in tantum, in quantum mea interfuit, id est quantum mea interest, id est quantum mihi abest, quantumque lucrari potui.

Idem de lege Aquilia loquens dicit, in ea nos consequi damnum, vel quod amisimus, amisisse autem dicemur quod aut consequi potuimus, aut erogare cogimur *l. si seruum. 33. ff. ad L. Aquil.* quasi diceret, consequimur id quod consequi potuissemus, si damnũ datum non esset, aut quia datum est, quod erogare cogimur. Propter damnum igitur datum & lucrum interceptum, cum id quod interest præstandũ sit, sequitur aliud esse id quod interest, & aliud esse lucrum cessans ac damnum emergens.

3. Obstat præterea huic definitioni non parum quod ex omnium philosophorum sententia, illa definitio sit vitiosa quæ duo continet contraria: Iam vero definitio proposita continet duo contraria, dum in ea mentio fit damni & lucri quæ vtrique contraria sunt.

4. Aduersatur eidem definitioni textus *in l. 26. ff. de damn. infect.* vbi aperte dicitur, non videri eum damnum facere, qui veluti lucro, quo adhuc vtebatur, prohibetur; multumque interesse vtrum damnum quis faciat, an lucro, quod adhuc faciebat, vti prohibeatur. Hinc igitur sequitur, id quod interest non posse dici damnum obueniens & lucrum cessans; cum non statim cum lucrum cessat, damnum emergat.

5. Aduersatur superiori definitioni non parum *l. 71. ff. de furt.* vbi Iustinianus ita scribit: *Eius rei, quæ pro herede possidetur, furti actio ad possessorem non pertinet, quamuis vsucapere quis possit, cuius interest rem non surripi: Interesse autem eius videtur, qui damnum passurus est, non eius qui lucrum facturus esset.* Male igitur definitur interesse per lucrum cessans, cum hic aperte negetur, interesse intelligi eius, qui lucrum duntaxat facturus erat.

Cæterum, his rationibus non obstantibus

stantibus, adhuc veriorem esse iudico superiorem definitionem.

Quod enim ad primum argumentum attinet, recte Oestenius respondet, ea, quæ in facto consistunt definiri posse, idque satis probari *l. Labeo.19 ff. de verbor. significat. l. 1. de pact. l. 3. de pollicit. iunct. l. si vnus.27. §. pactus. ff. de pact.* Nec ad rem facit *d. l. 2. ff. de iur. & fact. ignorant.* Non enim illic Neratius Iurisconsultus loquitur de facti definitione, sed potius de facti scientia, & hoc vult quod omnes casus, qui quandocunque inciderint, propter diuersi facti adiuncta exacte sciri & ad amussim discuti nequeant; ex quo sane non sequitur, eos nec in genere definiri posse.

Ad secundum respondeo non esse absurdum, nec infrequens rem aliquam per causam eius procreantem seu efficientem definiri prout arguit definitio iustitiæ definitio tutelæ & similes.

Ad Tertium respondetur: Hæc duo, lucrum & damnum per se considerata contraria esse: Vnde qui sentit lucrum, sentire quoque debet contrarium, hoc est damnum *l. secundum. ff. de Reg. Iur.* At in proposita definitione lucrum & damnum non per se, aut absolute, siue simpliciter considerantur, sed cum adiunctis, si aduersarius damnum non dedisset lucrumue non percepisset: Aut, vt Accursius loquitur, damnum emergens aut lucrum cessans. Atque hoc respectu lucrum & damnum non sunt contraria. Quinimo eadem fere sunt quia siue aduersarius damnum nobis det, siue lucrum intercipiat, semper aduersarius hoc agit vt vtilitas nobis absit, quam habere aut consequi potuissemus & cum aduersarius lucrum nobis intercipit, damnum nobis dat: Et cum damnum nobis dat, lucrum nobis intercipit, quod ipsum damni nomen quodammodo significat: Damnum enim ab ademptione & quasi diminutione patrimonii dictum est *l. 3. ff. de damn. infect.*

Ad *l. 26. ff. de damn. infect.* respondetur illic agi de lucro iniusto, quod quis percipiebat, quoniam ibi proponitur is, qui quæritur vicinum facere quid in suo quo facto ad maturagentiea commoditas, quã ex illius vicini patientia habebat.

Sic & *in l. 71. ff. de furt.* de iniusto lucro agitur; proponitur enim is, qui rem alienam, quam in hereditate reperit, pro hereditaria, id est sua, possidebat, vt hoc pacto ipsi prosit possessio ad vsucapionem, & ea sublata, ideo hanc sibi abesse quæritur, quod eam vsucapere & ita lucri facere potuerit.

Definitum est interesse per *damnum cessans:* Hinc quæritur qualenam intelligatur damnum: Etenim vtilitas quæ quidem hic in considerationem venit, duplex est; Nam quæ iam eius est generis, vt etiam non potuerit euenire, licet eius habendi spes oblata fuerit, siique talis vt ex eodem facto & ab eodem sæpe consueuerit parari: Vt si, verbi gratia, culpa Titii nauis in retia piscatorum inciderit; eaque fregerit, quæritur an saltem æstimationem retium vel etiam piscium teneatur Titius? Et ait ICtus Vlpianus *in l. quemadmodum. 28. §. plane ff. ad L. Aquil.* damni iniuria agi ob retia; Non etiam piscium, qui ideo capti non sunt, fieri æstimationem; Cum incertum fuerit, an caperentur. Idemque in venationibus & aucupiis probandum *d. §. plane.* Quæ. 30. *Qualenam damnum in definitione eius quod interest intelligatur?*

Nec aduersatur huic *l. iactum retis. 12. ff. de act. empt.* vbi ICtus Celsus ait: Si quis iactum retis emerit & iactare rete piscator nolit, incertum eius rei æstimandum esse.

Etenim considerandum est quod in hac *l. iactum. 12.* pisces principaliter in obligationem fuerunt deducti, ideoque cum sint res ipsæ principaliter debita omnino æstimari debent: At vero *in d. §. plane* non fuit cogitatum de piscibus,

 res

nec præcessit obligatio, ideoq; tanquam res principaliter debita peti nō possunt, nec tanquam eius quod interest nomine, cū fuerit incertū an caperentur. Probare igitur debet actor se ita habiturum fuisse alioquin ipsi abesse non dicuntur.

Est deinde aliud genus vtilitatis, quod scilicet rem non comitatur & propterea non minus aliunde quam ex eo, quod debebatur haberi potest *l. sterilis §. cum per venditorem. ff. de act. empt. l. vnic. C. de sent. qua pro eo l. 2. ff. rem rat. haber.* Cuiusmodi est lucrum quod ex industria negotiantis aut inopia comparantis obuenit, & damnum quod tam ex alterius quam rei debitæ inopia facimus. Hæc vero vtilitas, cum de præstando interesse agitur, non venit in considerationem. Textus est hac de re expressus *in l. sterilis. §. cum per venditorem. Digest. de act. empt.* vbi hoc modo scribitur: *Cum per venditorem steterit quo minus rem tradat, omnis vtilitas emptoris in æstimationem venit, quæ modo circa ipsam rem consistit: Neque enim si potuit ex vino (puta) negotiari & lucrum facere, id æstimandum est: Non magis quam si triticum emerit & ob eam rem, quod non sit traditum, familia eius fame laborauerit. Nam precium tritici non seruorum fame necatorum, consequitur, nec maior fit obligatio, quod tardius agitur, quamuis crescat si vinum hodie pluris sit &c.* Hinc relucet manifestissime quod aduentitii & extrinseci lucri in æstimando interesse nulla plane ratio habeatur.

Veruntamen huic aduersari videtur *l. qui negotiationem 58. in pr. ff. de adm. tut. or.* vbi in tutelæ iudicio venit incrementum negotiationis, quod sane lucrum est extrinsecum.

Respondet Oestenius: In actionib. quæ sunt ex negotio gesto lucrum quodlibet siue ex re ipsa sit, de qua agitur, siue extra rem præstari oportere: Lucrum quippe, quod reus veluti tutor *d. l. qui negotiationem. 58* vel tanquam procurator *l. qui proprio. 46. §. procurator. ff. de procuratore.* vel tanquam negociorum gestor *l. si autem. § 1. ff. de negoc. gest.* ex rerum mearum administratione fecit, mihi restitui æquissimum est, ne ex rerum mearum administratione lucrum aliquod faciat: Adeo vt etiam iniustum lucrum restituere teneatur *d. l. sin autem. 8. §. 1.* Quanquam lucrum quod actor facere potuit nec in hisce actionibus consideretur, vt nec damnum quo affectus est, nisi circa rem consistat *d. l. sterilis. ff. de act. empt. l. vnic. C. de sentent. qua pro eo quod in ..erest.*

Rursus assertioni nostræ aduersari videtur *l. si fundus. 33. ff. locat.* vbi ICtus Africanus, inquit, *si colonus tuus fundo frui à te, aut ab eo prohibetur, quem tu prohibere, ne id faciat, possis, tantum ei præstabis, quanti eius interfuerit frui, in quo etiam lucrum eius continebitur.* Quod si igitur lucri habetur ratio, prout vult hoc in loco Africanus, sequitur interesse etiam remotum, siue extrinsecum in considerationem venire.

Sed ad hunc etiam textum bene respondetur, in illo loco agi de lucro, quod circa rem est, non etiam de compendio negotiationis, & lucratus fuisset id, quo postea alium fundum aliamue colonīam pluris conduxit, vel quo etiam pluris locaturus erat *l qui insulam. 30. ff. de locat. cond.* Quare hic venit lucrum, quod ex conductione fundi conductor facturus erat *l. si in lege 24. §. colonus. l. In quo. 18. ff. locat.* non etiam fortuitum, aduentitium, aut extrarium compendium, puta si ex fructibus negociari & vberrimum quæstum facere potuit.

Idem respondendum ad *l. si mulier. 21. ff. rer. amot. & l. commissa. 11. rem rat. haber.*

Obiicitur porro prædictæ assertioni nostræ textus *in l. 2. in fine. ff. de eo quod cert. loc.* Nam illic ita scribitur: *Nunc de officio iudicis huius actionis loquendum est, vtrum quantitati contractus debeat seruire, an vel excedere, vel minuere quantitatem debeat? vt si interfuisset rei Ephesi potius soluere quam eo loci, quo conueniebatur, ratio eius haberetur,*

Iulianus

Iulianus Labeonis opinionem secutus, etiam auctoris habuit rationem, cuius interdum potuit interesse Ephesi recipere, itaque vtilitas quoque actoris veniet: Quid enim si traiectitiam pecuniam dederit, Ephesi recepturus vel sub pœna debebat pecuniam vel sub pignoribus? Et distracta pignora sunt, vel pœna commissa mora tua? vel fisco aliquid debebatur & res stipulatoris vilissimo distracta est? in hanc arbitrariam, quod interest veniet, & quidem vltra legitimum modum vsurarum: quid si merces solebat comparare? an & lucri ratio habeatur, non solius damni? puto & lucri habendam rationem. Hic expresse statuit Vlpianus quod aduentitii, remoti & extrinseci lucri in æstimatione eius quod interest, ratio haberi debeat. Et certe tanta est inter hunc textum *& l. si sterilis §. Cum per venditorem. Digest. de act. empt.* supra pro nostra sententia allegatam, contrarietas, vt omnis prope ætatis ICti erudi in ea tollenda plurimum sudarint ac laborarint.

Equidem Bartolus, quem è veteribus ICtis plerique secuti sunt, ait *in d. l. 2. §. fin. ff. de eo quod cert. loco.* agi de pecunia numerata quæ hoc præ cæteris rebus hoc præcipuum habeat, quod in ea etiam illa vtilitas, quæ non consistit circa rem, præstari debeat: Rationem vero huius dicit esse eam, quod nummorum vna sit & certa æstimatio *l. 3. ff. de in lit. iurand.* vt in his aut nihil nomine eius quod interest, æstimandum sit, aut vero ea saltem vtilitas sit æstimanda, quæ circa rem non versatur, haberi tamen potuit: At nihil æstimari cum foret iniuriosum, proinde consequens esse huiusmodi vtilitatem æstimari debere. In cæteris autem rebus, vt vino, oleo frumento & speciebus reliquis varie æstimationem cõmutari posse, vt fit, quod in his queat æstimari, etiamsi eas vtilitates, quæ circa rẽ non consistunt, non admiserimus.

Verum hæc Bartoli responsio & conciliatio non arridet Donello: Etsi enim in nummis, quanti plurimi sint, æstimari non possit, quia nummorum æstimatio semper vna est, nõ tamen propterea nũmis non solutis, ea vtilitas, quæ propter pecuniã non solutã, amissa non est, æstimanda est: Id enim æstimãdum est, quod abest, & quidẽ vere: Hoc igitur quærendum est, vtrum ea vtilitas, quã non consistere circa rem dicimus propter nõ solutam pecuniam amissa sit, an non sit amissa: Si non est amissa, tum sola pecunia præstatur, quæ debetur. Quod si vero propter dilationẽ pecuniæ vtilitatẽ amissam esse volumus, cum in cæteris rebus eodem modo amittatur, cur non in illis quoq; præstari debeat, ratio dari non potest. Nec ad rem facit quod in cætetis rebus vtilitas alia circa æstimationem rei occurrere possit, vt et ei æstimatio pro tẽpore varie augeatur: Hoc enim ridiculũ esse Donellus ait, quasi, inquit, non etiam minui potuerit aut quasi diuersis vtilitatibus incurrentibus, nõ omnes æstimari debeant, quæ frustratione debitoris sunt amissæ & quod ille vna in re nocuit non modo illi non nocere, sed etiã prodesse debeat ad alterius maleficii & iniuriæ deprecationem. Et sane, cum in his rebus quæ precium intrinsecus accipiũt ratio cessantis lucri haberi debeat, quanto magis æstimandum erit extrinsecum interesse, quatenus damnum respicit: Multo enim æquius est nobis ne detrimentum aliquod patiamur succurri, quã ne lucrum perdamus *l. final. Cod. de codicill.* Alciat. *ad l. vnic. cap. 9. num. 13.*

Iacobus Cuiacius *in tract. 8. ad African. in l. si fundus. 33. ff. locat.* respondet *in d. l. 2. §. fin. Digest. quod certo loco.* tractari de nautica pecunia, & hoc in ea speciale esse, quod ex ea lucrum etiam extraneum veniat; si ea pecunia nautica certo loco creditori reddi cõuenerit; ꝓpterea quia nautica pecunia sicut nõ seruat modũ dupli & centesimæ; ita nec modũ habet petẽdę vel arcessẽdæ extra tẽ allegationis eius ꝙ

EEEe 2 inter-

intereſt. Proinde ait Cuiacius in ea pecunia venire lucrum & damnum extraria, ſi eo loco de quo conuenerit, non ſoluatur.

Veruntamen & hanc reſponſionem reiicit Iohannes Oeſtenius *in d. tractat. de eo quod intereſt c. 5. num. 91.* vbi ait idem plane ſtatuendum eſſe etſi traiecticia pecunia non ſit in obligatione, ſed alia pecunia, etiam ſimpliciter data, prout hoc ratione ſatis perſpicua demonſtrat, vt ex iis quæ paulo poſt ſubiicientur, clare patefcit.

Andreas Alciatus *in d. l. vnic. cap 9.* reſpondet: Omnis vtilitatis, quam actor conſequi potuerit habendam eſſe rationem, etiamſi circa rem non conſiſtat, ſiue pecunia, ſiue ſpecies debeatur; idque procedere in omnibus contractibus & conuentionibus, ſola emptione venditione, in qua hoc ſpeciale eſſe ſtatuit quod extrinſeci nulla habetur ratio. Exceptionis vero huius iſtam ſtatuit rationem quod iure conſtitutum ſit, vt emptor, ſi pecuniam non daret in vſuras ſolum legitimas condemnetur *l. vlt. ff. de peric. & commod. rei vendit.* idcirco æquum viſum eſſe moram quoque venditoris durius non puniri; parem enim vtriuſque conditionem fieri oportere, quod fiat ſi ſolum in eo, quod extrinſecus intereſt, damnetur, id enim quod extra rem verſatur, legitimum vſurarum modum excedit.

Repudiat etiã hanc ſententiã Donell. idque ex hac ratione quod ſi extrinſeci intereſſe vllo in contractu habenda eſſet ratio, maxime in contractu emptionis venditionis, in quo bona fides exuberat *l. 5 C. de reſcind. vend.* in conſiderationem venire deberet, cum in bonæ fidei contractibus omnia illa veniant præſtanda, quæ præſtari æquum & bonum eſt § *In bonæ fidei 30. I. de actionibus.*

Ad rationem vero Alciati reſpondet Donell. Non idcirco emptorem eam vtilitatem, quæ circa rem non verſatur, non præſtare, quia in vſuras condemnetur, ſed quia vtilitas iſta per ſe talis eſt vt præſtari non debeat quia propter ceſſationem debitoris amiſſa non eſt; adeoque apertum eſt Alciatum committere fallaciam cauſæ & petitionis principii. Deinde, poſito quod emptor ideo quia vſuræ precii ab eo exigi non poſſunt, eas vtilitates, quæ aliunde extrinſecus percipi potuerunt, præſtare non debeat: Exinde tamen non ſequetur quod à venditore exigi non debeant; quoniam hæc ratio non par, ſed diſpar, & longe diſſimilis emptoris & venditoris conditio reddetur. Nam vſuræ non idcirco exiguntur, quia earum vtilitas circa pecuniam debitam verſatur; cum, dicente Paulo, non propter lucrum petentium ſed propter moram non ſoluentium infliguntur *l. cum quidam. §. ſi pupillo. ff. de vſur.* Deinde quod vſuræ non ſint tale lucrum quod circa rem, ſiue pecuniam verſatur etiam exinde patet, quod fieri poſſit, vt quis pecuniam ſibi debitam acceperit, neque vſuras illas habeat, vel quia eam pecuniam ſtatim expendere coactus fuit, ſiue quia non habuit apud quem tuto fœnori exponere potuerit, ſiue quia fœnori locare eius non intereſſet. Inſuper ſi is vſurarum fructus circa rem conſiſteret, tum ſi quis pecuniam certa die præſtare promiſiſſet & moram faceret, vſuræ ex mora deberentur, quia in hanc ſtipulationem id quod intereſt venit *l. ſi fundum certo ff. de verbor. obligat.* eo autem quod intereſt omnis vtilitas, quæ circa rem conſiſtit, continetur. *d. l. ſi ſterilis §. cum per. ff. de action. empt.* Atqui abſurdum eſt vſuras in ſtipulatione ex mora deberi *l. 3. C. de vſur.* Falſum proinde eſt quod vſuræ ſint talis vtilitas quæ circa pecuniam debitam conſiſtat. Quod porro dicit Alciatus quod extra rem intereſt, legitimum vſurarum modum excedere: ſupra hunc autem modum à venditore

ditore exigi non posse. Id vtrumque falsum esse Donellus demonstrat: prius quidem, quia fieri potest vt nihil amplius absit venditori, quod extrinsecus consequi potuit, quod præstitum non maiorem modum, quam vsurarum efficeret: Posterius ideo falsum dicit, quia si supra modum vsurarum præstare venditor non debet, si is triticum venditum sua die non tradiderit, & triticum creuerit forte ad duplum, vt fit æstimatio, ne hanc quidem præstabit, auctore Alciato, quia altera quasi sors, quæ accessit non vnius mensis, sed multorum annorum vsuras superat. Quod ne ipse quidem Alciatus dicit, & aperte falsum est *d.l.si sterilis.§.Cum per venditorem:* Vnde relucet quod emptoris præstatio vsurarum ad venditorem nihil pertineat. Postremo ita Donellus contra Bartol. & Alciatum argumentatur: vtilitas, quæ ex re non est, aut illa aut reuera damnum inducit, aut reuera non inducit: Si prius, tum ex Iustiniani constitutione *in l. vnic. C. de sent. quæ pro eo quod interest.* in omnibus actionibus & in omnibus rebus ea vtilitas præstanda est: Sin posterius, in nullis rebus, in nullis iudiciis in considerationem venit, quoniam Iustinianus id quod interest vult illud duntaxat damnum continere, quod reuera inducitur *d.l vnic.*

Andreas Gailius *lib 2. obseruat.practicar.6.num.3:* distinguit inter mercatores & cæteros creditores, vt Mercatoribus quidem etiam lucrum aduentitium & extrinsecus loco interesse præstari debeat, reliquis non-mercatoribus atque illis, qui negociari consueuerunt, interpretatur *d. l.2 §.fin ff. de eo quod certo loco.* Et pro hac distinctione multos allegat Authores qui ibid. videri possunt: Rationem tamen diuersitatis & distinctionis non apperit, nec etiam *d. l. 2.* de Mercatore duntaxat accipiendam esse ostendit.

Quocirca his conciliationibus ac responsionibus reiectis hoc modo ad *d.l.2. § fin.* respondendum esse statuit Donell. & post eum Iohannes Oestenius: In nullo omnino contractu, in nulla re, qualiscunque tandem fuerit, extrinseci seu aduentitii lucri rationem haberi, quotiens de interesse æstimando ac præstando agitur; excepto vnico illo casu, quo vel expresse vel tacite conuenerit, vt & huius lucri ratio haberetur: Tunc enim conuentionem obseruari debere. *l.23.ff.de Reg.Iur.* hunc autem casum; inquiunt contineri *in d. l.2. §. final.* Hoc quippe ipso quod solutio pecuniæ incertum locum confertur intelligi contrahentes tacite inter se conuenire, vt earum vtilitatum, quas creditor in loco habere potest, ratio habeatur: Nec enim temere locus adiectus videtur; sed idcirco vt in edicto loco soluatur & ita creditor hæc incommoda vitare, lucrumue percipere possit. Si itaque creditor frustratiue differat solutionem æstimandæ sunt eæ vtilitates omnes, quæ in loco adiecto haberi potuissent pecunia soluta, siue circa rem consistant, siue non.

Ex hactenus igitur adductis iam perspicue liquere arbitror quod in æstimando interesse eius duntaxat damni ratio habeatur quod circa rem ipsam non quod extrinsecus contingat.

Quæ. 31. *An in delictis id quod interest, contineat damnum quod extra rem versatur?*

Sed quidnam de interesse ex delicto præstando dicendum? Etenim Costalius *in l.3.ff. de in lit. iurand.* statuit in delictis venire id, quod interest, etiamsi extra rem sit; & probat hoc per textus *in l Ait. l.proinde. l.Inde Neratius, ff. ad L. Aquil.* quibus in locis de extrinseco interesse tractari autumat, & tamen illic expresse deciditur istud lucrum aduentitium præstandum interesse.

Idemque euincere conatur ex *l. Infitiando.§.1.ff.de furt.*

Eodemq; spectare existimat *l. semper.15. §.In hoc interdicto ff. quod vi aut clam.*

 Deniq;

Denique pro eadem adstruenda opinione allegat *l. Iulianus 13. Digest. de act. empt.*

Sed hanc opinionem reiicit & improbat Oestenius *d. c. 5. num. 100.* statuens nec in delictis vllam rationem haberi extrinseci interesse; Idque propterea quod Iustinianus Imperator *in l. vnic. Cod. de sentent. qua pro eo quod interest.* id damnum quod reuera inducitur reddendum constituit, nihil omnino inter contractus & delicta distinguens. Ex quo indubitanter existimat inferendum quod in delictis ratio habeatur extrinseci interesse.

Nec quicquam supra allegatos textus sibi aduersari arbitratur. Nam *in d.l. Ait lex. l. proinde l. Neratius. ff. de L. Aquil. & l. 13. ff. de act. empt.* de intrinseco & non de extrinseco damno loqui exinde probat quod hereditas seruo delata, ex vnica ista causa fuerit amissa quod seruus occisus est quodque seruo caremus; quandoquidem hereditatem per alium, quam seruum obtinere non potuissemus: Merito proinde hereditatis illius, internecione serui heredis, interuersæ, tanquam lucri intrinseci ratio illic habetur. Neque huic, quod hereditas seruo occiso delata æstimari debeat, obstat *l. pretia rerum 63. ff. ad L. Falcid.* vbi Paulus negat dominum locupletiorem esse eo ipso, quod seruus eius heres sit institutus, nisi & adierit hereditatem: Vnde videbatur dicendum quod, occiso seruo, tantum corpus serui occisi, non etiam hereditas sit æstimanda; & quod hereditas amissa damnum sit extrinsecus.

Etenim quod ICtus seruum heredem institutum tanto pluris esse, quanto pluris venire potest & dominum inde locupletiorem factum esse negat, hoc obtinet respectu legis falcidiæ, seu respectu alterius, puta legatariorum, creditorum & quorum respectu non sum locupletior ex hereditate, per seruum aut per me ipsum mihi delata, antequam seruus iussu meo, vel ipse hereditatem adeam, cum multis modis accidere possit: ne iussu meo seruus adeat, nec ipse adeam *d l. pretia.* Si vero culpa alterius ius adeundi hereditatem amittam, puta quia seruus heres institutus à Titio occisus est, dicor vere damnum pati & ad id, quod interest, seu ad æstimationem hereditatis agere possum. *l. sed et si hereditas. 11. Digest. ad exhibend.*

Idem plane respondit ad *d.l. inficiendo & d.l. semper. 15.* quod nempe & ipsæ loquantur de damno circa rem consistente. Nam *in d.l.* inficiendo damnum ex eo solo, quod surreptum est, quia alii sub pœna erat promissum, datur, nec aliunde quam ex eo, quod debeatur, haberi potuit: Nam hoc, & non aliud erat promissum sub pœna. *In d.l. semper,* Vlpianus ait, illo interdicto tanti litem æstimari, quanti actoris interest: id vero ait Oestenius ita accipiendum esse, quanti reuera interest. *d.l. vnic.* Id enim nobis abest & ob id nostra interesse dicimus, non etiam si fortuito quid acciderit.

Cæterum & si verum sit, prout hactenus ostensum est, textus supra allegatos non satis probare quod in delictis extrinseci interesse habendi sit ratio, nihilo- minus tamen dicendum mihi videtur, quod in delictis æstimetur illud etiam aduentitium lucrum. Tum quia iniquissimum foret delictum, siue maleficium alienum vllatenus mihi damnosum existere: quod tamen contingeret si aduentitii illius damni nulla penitus ratio haberetur in delictis: Tum etiam quia *d.l. vnic. Codic. de sentent. qua pro eo quod interest. prof.* ad delicta non spectat, prout supra ostensum quo circa cũ nulla alia extet lex aut cõstitutio quæ interesse ex delictis præstandis ad damnum seu lucrum intrinsecum, quodque

quæ circa rem consistit, restringat, ratio nulla est quæ suadeat ad illud præcise id coarctari.

Et hinc etiam relucet quod Oestenius *in d. l. vnic.* opinionis suæ fundamentum male constituat, cum ex verbis & subiectis exemplis plus satis liqueat quod constitutio ista ad delicta referri nequaquam debeat.

Quæst. 32. *An casuale augmentum veniat in id quod interest?* Quæritur porro vtrumne casualis augmenti ratio habeatur in æstimando eo quod interest? quæstio in eo est, vtrumne sicut in reputando eo quod interest, ratio habetur eius quod de nostro diminutum est, damni, ita quoque si quid lucrari potuimus, neque fecimus, eius lucri ratio habenda sit?

Verbi causa, ante septennium mihi vendidisti fundum 100. floren. qui modo valet 400. si fundus iste mihi euincatur, ac præter precium nihil intersit, an huius fortuiti augmenti aliqua habeatur ratio?

Affirmatiua sententia confirmatur per textum *in l. venditor hominis. 8. Digest. de euict.* vbi Iulianus ita scribit. *Venditor hominis emptori præstare debet, quanti eius interest, hominem venditoris fuisse. quare siue partus ancillæ, siue hereditas quam seruus iussu emptoris adierit, euicta fuerit, agi ex empto potest. Et sicut obligatus est venditor vt præstet licere habere hominem quem vendidit, ita ea quoque quæ per eum acquiri potuerunt præstare debet emptori vt habeat.*

2. Sententiæ huic subscribit etiam Papinianus *in l. 66 §. fin. Digest. eod. tit.* quo in loco hæc in verba scribit: *Diuisione inter cohæredes facta, si procurator absentis interfuit & dominus ratam habuit, euictis prædiis in dominium actio dabitur, quæ daretur in eum qui negocium absentis gessit, vt quanti sua interest actor consequatur: scilicet vt meliores aut deteriores agri facti causa, finem precii, quo fuerat tempore diuisionis æstimatus, deminuat vel excedat.*

3. Adstipulatur his etiam Paulus *in l. Euictæ re, 70. ff. de euict.* Illic enim Paulus *euicta re, ex empto actio non ad precium duntaxat recipiendum, sed ad id quod interest competit: Ergo et si minor esse cœpit, damnum emptoris erit.*

4. Idemq; Paulus *in l. Idque & Iulianus 45. Digest. de act. empt.* Porro confirmat, sicut, inquiens minuitur præstatio si seruus deterior apud emptorem effectus sit, cum euincitur, ita augetur, si melior sit factus.

Igitur casualis augmenti ratio vtique habetur in æstimando eo quod interest; ita tamen vt sicut alias id quod interest non excedit dupli quantitatem in casibus certis, ita nec hoc casu *d. l. vnic. in versic. Et hoc non solum in damno, &c.* Et hanc sententiam veriorem esse asserunt Oestenius *in tract. de eo quod interest. cap. 5. num. 102.* Donell. *in comm. ad d. l. vnic. c. 10.*

Sed ille refragatur textus *in l. Ex mille 64. Digest. de euict.* vbi Papinianus inquit, non augeri quantitatem euictionis, si res melior fuerit effecta. Ex quo dicendum videtur quod tantum sit spectandum precium quod fuit tempore contractus, quodque augmentum causale non veniat in id quod interest.

Aduersatur præterea textus *in l. 26. Digest. de damn. infect. Proculus ait, cum quis iure quid in suo faceret quamuis promisisset damni infecti vicino, non tamen teneri eum à stipulatione veluti si iuxta mea ædificia habens ædificia, eaque iure tuo altius tollas; aut si in vicino agro cuo cuniculo vel fossa aquam meam auoces. Quamuis enim & hic aquam mihi abducas, & illic luminibus officias: Tamen ex stipulatione actio mihi aduersus te, qui damni infecti mihi caueris, non competet: scilicet quia nõ debeat videri is damnum facere, qui eo veluti lucro, quo adhuc vtebatur, prohibetur. Mihi videtur vera esse Proculi sententia.*

Resistit insuper *l. si is cui 72. §. vl. ff. de furt.* Eius rei, inquit ibi Iauolen. *quæ pro herede possidetur furti actio ad possessorẽ nõ pertinet, quamuis*

quamuis vsucapere quis possit: quia furti agere potest, cuius interest rem non surripi. Interesse autem eius esse videtur qui damnum passurus est, non eius qui lucrum facturus est.

Denique *in l. si sterilis. 21. §. cum per venditorem. ff. de act. empt.* vbi Paulus lucrum æstimandum esse negat: *Cum per venditorem*, inquit, *steterit quominus rem tradat, omnis vtilitas emptoris in æstimationem venit, quæ modo circa rem ipsam consistit: Neque enim si potuit ex vino, puta, negociari & lucrum facere, id æstimandum est.*

Et quanquam nonnulli ad hosce textus respondeant eos ad ius antiquum spectare, nunc vero esse correctos & emendatos per nouam Iustiniani constitutionem *in d. l. vnic. C. de sentent. quæ pro eo quod interest.* Ei tamen repugnat quod ipse Iustinianus *in ea l. vnic.* aperte profitetur, ideo se id quod interest ex lucro & damno amplexum esse, quia veteres idem statuerint. Deinde quia Paulus diserte testatur lucri fortuiti rationem *in l. si commissa. 13. ff. Rem rat. hab. Si commissa est stipulatio ratam rem dominum habiturum: In tantum competit, in quantum mea interfuit, id est quantum mihi abest quantumque lucrari potui.*

Equidem Carolus Molineus *in tractat. de eo quod interest n. 68. & 135.* respondet actionem de euictione dari ad precium, & id quod interest *l. 70. de euict. l. emptorem. 11. § final. cum l. sequent. ff de act. empt.* & de priori capite loqui *d. l. Ex mille 64. ff. de euict. & l. bonitatis. eod. tit.* De posteriori vero intelligi leges quæ asserunt lucri habendam esse rationem.

Sed regerit Oestenius hoc aliquo modo durius esse: Nam licet verum sit actionem de euictione dari ad precium restituendum & id, quod interest *d. l. 7.* Ex eo tamen non sequi, hasce leges ita in concordiam redigi posse; quippe eo ipso quod habetur ratio augmenti, puta hereditatis, ex qua seruus institutus est, & rei per alluuionem fundo adiectæ, augetur etiam precium rei, ita vt non æstimetur res quanti fuerit tempore contractus, sed quanti valeat tempore euictionis. Et licet hæc ad id quod interest commodius quam ad precium referri possint, de vtroque tamen intelligi debet *l. si cum. §. fin. de euict.* quoniam Papinianus ibi expresse inquit melioris aut deterioris agri facti causam, finem precii quo fuit tempore diuisionis æstimatus diminuere vel excedere.

Ipse proinde Oestenius, reiecta hac responsione, verisimilius ait *d. l. Ex mille. 64. ff. de euict.* intelligendam de actione ex stipulatu interposita euictionis nomine, quæ stricta est: Hæc committitur in duplum, in totum tota re euicta, siue res melior, siue deterior sit facta, & siue aucta, siue diminuta sit: Eadem enim est, quæ fuit ante, etiamsi aucta vel diminuta sit. Alioquin nos ipsi non essemus iidem qui quotidie commutamur. Aliud seruari, inquit Oestenius, in actione ex empto: Nam hoc iudicium adiicit & reiicit, quæ adiici & reiici bonum & æquum est Cuia. *ad Afric. tract. 8. ad l. Cum forte. 44. de act. empt.*

In *l. bonitatis. ff eod. tit.* agitur de æstimatione bonitatis euictæ partis, in qua similiter inspicitur tempus contractus, vel quo pars rei venditæ accessit si ex stipulatu agitur; si ex empto euictionis.

Nec obstat quod perfecta emptione & venditione periculum ad emptorem spectat *l. Necessario. 8. ff. de peric. & commod. rei vendita §. Cum itaque. I. de empt. & vendit.* Hoc enim verum est, si casu contingat, secus si culpa venditoris lucrum intercipiatur aut damnum detur.

Ad *l. 26. ff. de damn. infect. l. si is cui. 72. ff. de furt.* respondent Donell. *in d. tractat. de eo quod interest c. 10.* & Iohannes Oestenius *in d. tract. c. 5.* In proposito id tantum lucrum in id quod interest venire, quod quis iure facere potuerit, & cuius habeti rationem æquum est, ita vt iniustum

quod-

quodque ex alterius iniuria quæritur excludamus *l. sciendum 18. ff. ex quibus causis maiores.* At in *d. l. 26. & d. l. si is cui. 72.* agi de lucro, quod ex alterius iniuria quæritur & ideo id præstandum negari: Nam *in d. l. 26.* ICtus Vlpianus asserit cum quis iure suo aliquid in suo faceret, quamuis promisisset damni infecti nomine, non tamen eum teneri ea stipulatione, veluti si iuxta mea ædificia, habeas ædificia, eaq; iure tuo altius tollas, aut si in vicino agro, funiculo vel fossa aquam meam auoces. Quamuis enim & hic mihi aquam abducas & illic luminibus officias, tamen ex ea stipulatione actionem mihi non competere, quia non debeat videri is damnum facere, qui eo veluti lucro, quo adhuc vtebatur, prohibetur. Is enim damnum facit, cui aliquid de patrimonio diminuitur, siue id iam habeat, siue habere potuit *l. 3. ff. damn. infect. in d. l. si is cui 72. §. vlt. de furt.* Consimiliter agitur de lucro, quod cum alterius iniuria acquiritur: Nam Iauolenus ibi respondet, actionem furti non dari ei, qui pro herede possidet, idque ex ea causa, quod furti agere potest, cuius interest. Eius autem interesse videtur, inquit, qui damnum passurus, non eius, qui lucrum facturus est. Etenim lucrum hic facturus est ex re aliena, quod iniustum est, ideoque est cum alterius iniuria: Nihil enim aliud eo nomine ipsi absuturum est, cur sua interesse dicat eam recipi, quã quod possidendo eam vsucapere potuerit & hoc possessionis lucrum facere. interest autem tunc vere, si res nostra nobis surrepta est, aut etiam aliena, cuius custodiam præstare debemus. Secus etsi in aliena re lucrum facturi sumus. Iustum igitur lucrum est quid iure suo facere, quod parare sibi ex re sua aut aliena liberalitate potuerit & eius habetur ratio, non etiam eius, quod iniustum est, veluti quod cum alterius iniuria quæritur.

Ad *d. l. stipulat. §. cum per venditorem. ff. de act. empt.* respondetur eam non de propinquo, sed de remoto lucro & damno, seu, quod idem est, de lucro & damno extrinseco, non vero de lucro & damno intrinseco, seu quod circa rem consistit, tractare. Postremo non aduersatur superiori sententiæ *l. 2. § portio. ff. ad L. Rhodiam de iactu.* vbi ICtus Paulus inquit, res iustas æstimari tanti, quanti emptæ sunt, non quanti vendi potuerint, eo quod detrimenti, non lucri fiat æstimatio.

Respondendum enim ad hoc, illud in lege Rhodia idcirco singulariter esse receptum quia exinde actio descendit non in id quod interest petitoris, qui ob merces suas iactas agit, comparata, sed saltem de eo damno, quod passus est videlicet de iactu. *l. 1. ff. de L. Rhod. a.* Aliud est si agimus de actione, in qua venit quod interest actoris, quærimusque quid sit habendum in eo quod interest, vbi recte dicitur damni pariter & lucri habendam esse rationem.

Quocirca ex his relinquitur verissimum esse quod in computando eo quod interest ratio haberi omnino debeat lucri etiam aduentitii, iusti tamen est honesti, non iniusti & inhonesti.

De interesse quod post moram creditori præstandum & adiudicandum est, summatim ita constituit Elector Saxoniæ *part. 2. constit.* 30. vt interesse damni emergentis, vel etiam lucri cessantis ab illis, qui id petunt, per circumstantias vel coniecturas aliquas liquidando summarie saltem probetur atque super eo sententiam moderatoriam iudex ferat: Interesse vero precii rerum emptarũ non soluti indistincte & absque alia probatione admodum legitimarum vsurarum æstimetur: Verba constitutionis hæc sunt: Die Schöppenstüle haben bißanhero auff diese Frag vngleich gesprochen/ dann etliche seynd der Meynung gewesen/ wann ein Kauffman deß auß-

 geliehenen

geliehenen Geldts oder Wahren auff bestimbte Zeit nicht bezahlet / daß dißfalls ob solam moram fünff Gülden interesse lucri cessantis, von hundert Gülden Hauptsumma auff ein Jahr zuerkennen / dieweil gemeiniglich ein Kauffman zum wenigsten so viel erwerben könne / der Richter sonsten auch ex conjecturis das interesse zu moderiren befugt / vnnd daß dißfals / wann ein Kauffman ob moram allein fünff gülden von hundert Gülden fordert / gantz keiner Liquidation nöthig sey / da er aber fünff Gülden fordern thäte / daß er alsdann das interesse liquidiren müsse.

Etliche aber seynd der Opinion, daß ob wol ob moram Kauffleuthe / vnd also personæ consuetæ negotiari der Anforderung nicht allein deß interesse damni emergentis, sondern auch interesse lucri cessantis, zu Recht befugt / so solte doch zuvorn / ehe fünff oder mehr Gülden moderirt / eine Liquidation geschehen / darauß zu befinden / daß der Kauffman fünff oder mehr Gülden gewinnen mögen / cum lucrum semper non sit certum, er auch so wol verliehren / als gewinnen könne / vnnd wann solche Liquidation geschehen / daß nach Gelegenheit derselbigen / daß interesse auff fünff oder mehr Gülden zu moderiren.

Damit nun solches auch zur Gewißheit in vnsern Landen gereiche / so haben wir jhnen aufferlegen lassen / forthin in vnsern Hoffgeri[c]hten / Juristen Faculteten vnnd Schöppenstülen zu sprechen / daß in allen Fällen vnnd Personen / Kauffleuthen vnnd andern / ohne Vnderschied das interesse selbst / vnnd zum wenigsten per circumstantias vel coniecturas probirt vnd liquidirt / auch alsdann erst darauff die moderation erkant werden soll.

Wann aber einer ein Gut erkaufft / vnnd jhme ist dasselbige tradiret / vnnd er hat das Kauff Gelt nicht bezahlet / sondern beyde das Gut vnd Gelt behalten / dieweil vnsere verordente dißfals darfür geachtet / daß solch interesse precii non soluti, welches sonsten von der Nutzung deß verkaufften Guts zunehmen / nach Gelegenheit auß richterlichem Ampt in diesem vnd dergleichen Fällen / auff fünff Gülden von ein hundert Gülden moderiret werden könne / so lassen wir vns auch gefallen / daß in einem solchen Fall / darauff erkant werde / sonderlich wann gnugsam Bericht vnnd Anleytung vorhanden / daß das verkauffte Gut an Nutzung jährlich so viel ertragen möge.

Quæ. 33. *Quinam casus sint certi & qui incerti?*

Quod porro ad taxationem, modum & quantitatem eius quod interest, ita Iustinianus ea de re constituit vt in casibus certis duplum non excedat, in casibus vero certis moderamen eius iudicis arbitrio relinqui debeat *d. l. vnic.* Hinc quæstio suboritur quinam sint casus certi, & qui incerti, Et quidem Iustinianus ait certos esse, *qui certam habent quantitatem vel naturam.* Sed hoc controuersum est quid per quantitatem & naturam intellectum velit; Variæ siquidem & propè infinitæ Interpp. nostrorum de hoc extant sententiæ.

Etenim Andreas Alciatus *in d. tractat. de eo quod interest. cap. 2. num. 15. & sequent.* per *naturam* ait nihil aliud intelligi quam id quod proprium est cuique contractui quodque regulariter ipsi ex consuetudine, vel alia de causa, etsi expressum non fuerit, inest. Sic n. *in l. quoties. ff. de serv.* hoc nomen *Natura* accipitur, quando dicitur: Seruitutum non est ea natura vt aliquid faciat, sed vt aliquid patiatur vel non faciat. Ita quoque hoc vocabulum sumitur *in l. 1. §. fin. l. 2. §. Labeo ff. de aqua & pluv. arc. end. l. 5. C. de rescind. vendit.* Sic & contractus certam naturam habere dicuntur, de quibus iure constitutum est, quid contineant & quibus in

rebus

rebus versentur. § *Adeo.3. I de locat.iunct. l.1.C.de iure emphyteutico.* Nam quod Imperator *in d §. adeo.* naturam appellat, id *in d. l.1.* Zeno vocat definitionem seu substantiam. Et natura sua rem interiisse dicit Gaius, quæ fato suo functa est *l. 14. si plures.§.final.ff.de posit.* Sic natura contractus emptionis venditionis est vt præstetur euictio *l. pacta. ff. de contrahend. empt.*

Sed hanc interpretationem & sententiam reiicit Donell. *d. cap. 5.* idque propterea quod ea admissa omnes contractus forent certi, nulli contractus, nulli casus incerti: Quandoquidem nullus est contractus, de quo iure non sit constitutum quidnam eius sit proprium quidque in actionem & persecutionem veniat.

Verior & communior est sententia quod Iustinianus per quantitatem intelligat certæ pecuniæ summam obligatione comprehensam. Quantitas enim significat pecuniæ summam, vt *in l. 2. §. vlt. ff. qui satisd. cog § vlt. I. de verbor. obligat. l.stipulatio ista §. alteri. ff. de verbor. obligat. l.vlt.ff.de prætor. stipulat.* per certam naturam vero rem aliam omnem obligatione comprehensam cuius natura hoc est qualitas & quantitas sit certa & ita definita vt possit constare quæ qualis & quanta sit: Ita vt hoc Iustinianus dicere voluisse intelligatur, casus esse certos quibus directo ac principaliter agitur de certa pecunia, vel de certo corpore rei Donell.*d. c. 5.* Iacob. Cuiac. *in paratitl. ad L.vnic. C. de sentent. quæ pro eo quod interest.* Iohannes Borcholt. *in tractat. de verbor.obligat. cap.7. & 8.* Iohannes Oest. *in d l.vnic.cap.5. num.9.*

Confirmat hanc interpretationem Donellus hac ratione, quod cum Imperator eos casus dicit certos, qui certam habent quantitatem, satis declaret se metiri certitudinem casus & negotii, quo de agitur, ex certa quantitate, quæ in obligationem venit. Cui consentaneum ac conueniens est, cum alia res quam quantitas in obligationem deductum erit ibi quoque certitudinem casus ex re ipsa nos metiri oportere, vt certi sint & illi, in quibus alias res, cuius natura, substantia, qualitas ac quantitas definita sit ac determinata, versatur.

Idem quoque intelligitur ex eo quod in casibus certis id quod interest ad dupli quantitatem exigere permittit. Hoc autem dupli verbo eos designari casus, in quibus à principio simplum ab eo, quod postea interesse cœpit. At duplari non potest res nisi ea cuius natura certa sit, vt proinde hominum iudicio atque vsu certam reiiciat æstimationem per certam proinde naturam intelligitur res certæ naturæ, seu corpus certum ac definitum.

Sicque hoc verbo primo comprehenditur species, cum omnes certa natura constent: Idque verum siue vna species aliqua, ita vt quæ qualis & quanta sit appareat, designata sit *l certum 6. de reb. credit.* puta fundus Tusculanus, Stichus *l.stipulationum. 74. §. l.certum.ff. de verbor. obligat.* siue sub appellatione generis promittatur, veluti homo, fundus, equus: vel species sub disiunctione promittatur, vt Stichum aut Pamphilum dabo, Etsi enim electio sit debitoris, non tamen definit id quod interest certæ naturæ vel quantitatis obiectum habere, illud videlicet in quo (siue debitoris, siue creditoris sit electio) obligationis fit executio. Vt enim eo tempore ignoretur quid sit, quod debitor præstiturus est, quo in obligationem deducitur; cum tamen præstiterit id & quid sit & quanti, ignorari non poterit: quæcunque res erit, hæc ipsa esse videbitur quæ promissa est *arg. l. cum incertum.13. ff. de legat.1.* Vt taceam quod licet in obligatione generis compendio

respondeo, in illis nihil aliud probari, quam quia eius quod interest probatio & taxatio difficilis sit, ideo vtile esse potius pœnam stipulari ac certam summam comprehendere conuentione; Iam vero si pœna tanquam in locum eius quod interest surrogata, superaret naturam surrogati, eamque assumeret, vt eadem æstimatio esset interesse & pœnæ, cur obsecro potius pœnam stipulari suaderet Imp. quam interesse: accedit quod Imp. *in d. §. fin.* ideo dicit pœnam stipulari oportere, ne quantitas stipulationis sit incerto: iam vero si pœna conuentionalis ad modum interesse esset constituenda, nec id quod reuera interest excedere posset (vti Alciatus & alii volunt) certe quantitas stipulationis non minus certa foret, quam si pœna nunquam promissa fuisset: cum quantitas pœnæ non prius constitui possit, quam de quantitate eius quod interest, constaret.

Denique pœnam non in locum eius, quod interest, surrogatam esse, euidenter probat *l. 38. § alteri. ff. de V. O.* vbi diserte dicitur, etiamsi alicuius nihil intersit, tamen posse pœnam exigi.

Ad *tertium* respondeo cum Imp. *in d. l. vnic.* dicit pœnas videlicet conuentiones *cum competenti moderamine proferri,* non respicere ad taxationem illam & moderamen, quod ibidem interesse præstiterit, sed hoc velle, quod in eo casu, vbi res talis est, vt in proposita facti specie appareat, neque huius qui stipulatus est, neque cuiusquam alterius, aut pecuniariter, aut ex affectione interesse posse ad eam summam, quanta pœnæ nomine promissa est, quod vltra fuerit, quantulumcunque id sit, nobis præstandum non esse.

Ad *quartum* resp. nos non loqui de eo casu, quo pecunia debetur: nam vltra fatemur libenter, pœnam dupli quantitatem excedere non posse, ne videatur fraus fieri legitimis vsuris.

Ad *quintum* resp. 1. Nihil æquitati & fidei humanæ magis consentaneum esse, quam ea quæ placuere seruar, *l. 1. ff. de pact.* Atqui pœnam duplum excedere, quandoque conueniri potest. Ergo hoc seruari æquum est; & ita consequenter falsum erit, contra æquitatem esse pœnam duplum excedere. 2. Sipulationem pœnalem dico esse stricti iuris, ideoque non tam quid æquum sit, quam quid inter contrahentes conuenerit spectandum. Denique non habere promissorem, quod conqueratur de stipulatione, sibi enim imputet, quod ad huiusmodi sese adstrinxerit.

Secunda opinio est quorundam veterum, qui statuunt pœnam conuentionalem ad quadruplum ascendere posse, non vltra. Mouentur autem hi textu. *§. omnes Inst. de act.* Cæterum respondeo. §. illū loqui nō de pœna conuentionali, sed legati: at vero hæ nihil simile aut commune habent: nam legatis à lege iniungitur inuitis pro delicti modo: conuentionalem vero vnusquisque pro voluntate sua sibi imponit, dum pro commodo stipulantis quid futurum esse paciscitur. Donell. *c. fin. de sent. pro eo. 2 per. l. mulier. in fin. C. de sponsal.* vbi Imp. Leo permittit ad quadruplum arrharum amissionem institutionemque pœnæ loco stipulari.

Veruntamen respond. olim legitimam pœnam retractantium sponsalia fuisse amissionem & restitutionem arrharum in quadruplum, vt ita non tam conuentionis, quam in vim anteriorem legum id Imperator concesserit.

Tertia opinio est Donelli ad *l. 38 alteri. in fine. & c. fin. de eo quod interest.* Fachin. *1. controu. 50.* statuentium, nullum certum modum à *ll.* pœnis esse constitutum, quem conuentione excedere nō liceret.

1. Quia Iustinianus *in d. l. vnic. Cod. de*

sententi. quæ pro eo, distinguit eas pœnas, quæ à contrahentibus proferuntur, ab iis, quæ *ll.* certo fine statuuntur. Vnde colligitur, conuentionales non certo fine statui, alioqui enim non recte separentur à pœnis quæ à *ll.* certo fine statuuntur, si omnes certum & definitum à *ll.* modum haberent.

2. Quia omnis conuentio, quæ non est contra leges, contra bonos mores, est seruanda, *l. 7. § ait prætor. ff. de pact.* Atqui non est *ll.* contraria stipulatio hæc pœnalis, non certe contraria est constitutioni Iust n. *in d. l. vnic.* nam ea loquitur de interesse, non de pœna, quæ sane multum à se differunt. Nam de interesse nominatim nihil conuenit, de pœna autem conuenit nominatim. Nec etiam bonis moribus aduersatur. Ergo talis cõuentio pœnalis valet & iure sustinetur.

3. Quia non inspiciendum est quid intersit, sed quæ sit pœnæ quantitas, in stipulationem deducta *l. 38. §. alteri. ff. de V. O.*

4. Quia *in l. 4. §. fin. ff. si quis caut.* dicitur, eum, qui sciens pluris, quam statutum est, iudicio sistendi causa promiserit, firmiter obligari.

Verum enimvero ad hæc argumenta hunc in modum non incommode responderi posset.

Ad *primum*: non distinguere Imp. pœnas legales à conuentionalibus in eo, quod illis certus modus præstitutus sit, quem excedere non possint, his autem non item: Imo contrarium patet ex eo, quod ibidem diserte ait, *conuentionales cum certo moderamine proferri*, quod certe perinde esse videtur, ac si dixisset, *quarum certus modus est constitutus*, sed in eo separantur à se inuicem & distinguuntur, quod legalibus tantum modus certus à lege sit præstitutus, conuentionalibus vero etiam ab hominibus, ibi, *proferuntur certo moderamine.*

Inst. Fachin. verba illa *d. l. vnic. cum competenti moderamine* ita accipit, vt valeat quidem conuentio pœnalis, quantacunque ea sit, sed tamen eam iudex moderari & taxare debeat, nec pati vt immoderata exigatur pœna. *c. suam de pœn.*

Don. Vero per distinctionem hæc explicat: aut, inquiens, in ea causa promissa est pœna, in qua, genere ipso tantum interesse potest, quantum pœnæ nomine promissum est: aut vero res talis est: vt proposita facti specie, appareat nihil, neque huius, neque alterius cuiusquam, qui idem stipulatus foret, neque promissum accepisset, ad eam summam interesse posse, quanta pœnæ nomine promissa est. Priori casu dicit, nullum prorsus pœnæ modum quærendum esse, propter superiores rationes ab ipso adductas: posteriori vero quod vltra id fuerit, quod interesse potest, dicit præstandum non esse videri. Finge; ait, rem promercalem esse promissam, aut eiusmodi, qualem quiuis eodem modo, eodem precio possit reperire, & nisi daretur promissam esse pœnam In hanc sententiam me finis ipse pœnæ veluti manu deducit, finis hic est, vt pœnæ adiectione nobis ea summa cautum sit, de eo quod interest, vt si quo modo nostra interesse potest vel ex affectione, an intersit nec ne, & quatenus intersit non quæratur: faciam, neque in eam rem de qua agitur, affectionem vllam cadere, neque fieri posse, vt ad hunc vel illum modum cuiusquam intersit, idque genere ipso rei constare, vt si res sit ea, quam modo dixi, conficitur pœnam exigi non posse, *arg. l. quod dictum. ff. de pact.*

Ad *secundum* respond. assumptionem esse falsam: nam videtur esse contra *ll.* quibus modus vsurarum certus est constitutus, quas duplum excedere prohibitum est, *l. fin. Codic. de vsur.*

Inst. Donell. non se de eo casu loqui, quo in stipulationem pecunia vel alia res cuius.

cuius vsuræ debentur, deducta est, nam tunc se non negare, quin pœnæ quantitas duplum excedere non possit.

Deinde ait Oesten. esse contra bonos mores, cum altera pars, ea ratione exhauriatur iniuriaque & damno efficiatur: altera vero locupletetur, atque ita inæqualitas committatur, qua commutationis perpetuitatem collabi & perire necessum sit.

Ad *tertium* respondet Oesten. *d.§. alteri*, hoc tantum probari posse quod valeat stipulatio qua pœna promissa, etiamsi stipulantis nihil intersit fieri quod promissum: non vero ex eo id probari, valere stipulationem ad hoc, vt pœna etiam quantumcunque promissa, exigi possit: sed valere stipulationem pœnalem sub competente moderamine.

Ad *quartum* respondet Oesten. stipulationem iudicio sistendi factam, valere licet plus quis promiserit, quam statutum esse, id est, vltra duplum, *Cuiac. tr. 8. ad Afr. ad l. 44. de act. empt.* non etiam quod infinitum, aut vltra quam verosimiliter interest stipulari liceat.

Quæ. 29. *An id quod interest recte definiatur damnum obueniens & lucrum cessans?*

Definitur præterea interesse *damnum obueniens & lucrum cessans vltra rem ipsam.*

Sed huic definitioni obstare videtur. quod quæ facti sunt, definiri non possunt *l. 32. de vsur. & mora.* Facti enim interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallit *l. 2. ff. de iur. & fact. ignorant.* Iam vero quatenus cuiusque intersit in facto, non in iure consistit *l. 24. ff. de Reg. Iur.* sequitur proinde, quod id quod interest definiri non possit.

2. Eidem definitioni non parum refragatur quod interesse proprie non est ipsum damnum & lucrum cum propter damnum & lucrum præstetur id quod interest; vt ita lucrum & damnum sint veluti causæ procreantes eius quod interest. Id quod etiam ICtus Paulus innuere videtur *in l. si commissa 13. ff. rem rat. haber.* dum ait, in tantum, in quantum mea interfuit, id est quantum mea interest, id est quantum mihi abest, quantumque lucrari potui.

Idem de lege Aquilia loquens dicit, in ea nos consequi damnum, vel quod amisimus, amisisse autem dicemur quod aut consequi potuimus, aut erogare cogimur *l. si seruum. 33. ff. ad L. Aquil.* quasi diceret, consequimur id quod consequi potuissemus, si damnū datum non esset, aut quia datum est, quod erogare cogimur. Propter damnum igitur datum & lucrum interceptum, cum id quod interest præstandū sit, sequitur aliud esse id quod interest, & aliud esse lucrum cessans ac damnum emergens.

3. Obstat præterea huic definitioni non parum quod ex omnium philosophorum sententia, illa definitio sit vitiosa quæ duo continet contraria: Iam vero definitio proposita continet duo contraria, dum in ea mentio fit damni & lucri quæ vtrique contraria sunt.

4. Aduersatur eidem definitioni textus *in l. 26. ff. de damn. infect.* vbi aperte dicitur, non videri eum damnum facere, qui veluti lucro, quo adhuc vtebatur, prohibetur; multumque interesse vtrum damnum quis faciat, an lucro, quod adhuc faciebat, vti prohibeatur. Hinc igitur sequitur, id quod interest non posse dici damnum obueniens & lucrum cessans; cum non statim cum lucrum cessat, damnum emergat.

5. Aduersatur superiori definitioni non parum *l. 71. ff. de furt.* vbi Iustinianus ita scribit: *Eius rei, quæ pro herede possidetur, furti actio ad possessorem non pertinet, quamuis vsucapere quis possit, cuius interest rem non surripi: Interesse autem eius videtur, qui damnum passurus est, non eius qui lucrum facturus esset.* Male igitur definitur interesse per lucrum cessans, cum hic aperte negetur, interesse intelligi eius, qui lucrum duntaxat facturus erat.

Cæterum, his rationibus non obstantibus

stantibus, adhuc veriorem esse iudico superiorem definitionem.

Quod enim ad primum argumentum attinet, recte Oestenius respondet, ea, quæ in facto consistunt definiri posse, idque satis probari *l. Labeo. 19. ff. de verbor. signifieat. l. 1. de pact. l. 3. de pollicit. iunct. l. si vnus. 27. §. pactus. ff. de pact.* Nec ad rem facit *d. l. 2. ff. de iur. & fact. ignorant.* Non enim illic Neratius Iurisconsultus loquitur de facti definitione, sed potius de facti scientia, & hoc vult quod omnes casus, qui quandocunque inciderint, propter diuersi facti adiuncta exacte sciri & ad amussim discuti nequeant; ex quo sane non sequitur, eos nec in genere definiri posse.

Ad secundum respondeo non esse absurdum, nec infrequens rem aliquam per causam eius procreantem seu efficientem definiri prout arguit definitio iustitiæ definitio tutelæ & similes.

Ad Tertium respondetur: Hæc duo, lucrum & damnum per se considerata contraria esse: Vnde qui sentit lucrum, sentire quoque debet contrarium, hoc est damnum *l. secundum. ff. de Reg. Iur.* At in proposita definitione lucrum & damnum non per se, aut absolute, siue simpliciter considerantur, sed cum adiunctis, si aduersarius damnum non dedisset lucrumue non percepisset: Aut, vt Accursius loquitur, damnum emergens aut lucrum cessans. Atque hoc respectu lucrum & damnum non sunt contraria. Quinimo eadem fere sunt quia siue aduersarius damnum nobis det, siue lucrum intercipiat, semper aduersarius hoc agit vt vtilitas nobis absit, quam habere aut consequi potuissemus & cum aduersarius lucrum nobis intercipit, damnum nobis dat: Et cum damnum nobis dat, lucrum nobis intercipit, quod ipsum damni nomen quodammodo significat: Damnum enim ab ademptione & quasi diminutione patrimonii dictum est *l. 3. ff. de damn. infect.*

Ad *l. 26. ff. de damn. infect.* respondetur illic agi de lucro iniusto, quod quis percipiebat, quoniam ibi proponitur is, qui quæritur vicinum facere quid in suo quo facto ad maturagenti ea commoditas, quã ex illius vicini patientia habebat.

Sic & *in l. 71. ff. de furt.* de iniusto lucro agitur; proponitur enim is, qui rem alienam, quam in hereditate reperit, pro hereditaria, id est sua, possidebat, vt hoc pacto ipsi prosit possessio ad vsucapionem, & ea sublata, ideo hanc sibi abesse quæritur, quod eam vsucapere & ita lucri facere potuerit.

Definitum est interesse per *damnum cessans:* Hinc quæritur qualenam inteiligatur damnum: Etenim vtilitas quæ quidem hic in considerationem venit, duplex est; Nam quæ iam eius est generis, vt etiam non potuerit euenire, licet eius habendi spes oblata fuerit, sitque talis vt ex eodem facto & ab eodem sæpe consueuerit parari: Vt si, verbi gratia, culpa Titii nauis in retia piscatorum inciderit; eaque fregerit, quæritur an saltem æstimationem retium vel etiam piscium teneatur Titius? Et ait ICtus Vlpianus *in l. quemadmodum. 28. §. plane ff. ad L. Aquil.* damni iniuria agi ob retia; Non etiam piscium, qui ideo capti non sunt, fieri æstimationem; Cum incertum fuerit, an caperentur. Idemque in venationibus & aucupiis probandum *d. §. plane.* Quæ. 30. *Qualenam damnum in definitione eius quod interest intelligatur?*

Nec aduersatur huic *l. Iactum retis. 12. ff. de act. empt.* vbi ICtus Celsus ait: Si quis iactum retis emerit & iactare rete piscator nolit, incertum eius rei æstimandum esse.

Etenim considerandum est quod in hac *l. iactum. 12.* pisces principaliter in obligationem fuerunt deducti, ideoque cum sint res ipsæ principaliter debita omnino æstimari debent: At vero *in d. §. plane* non fuit cogitatum de piscibus,

nec præcessit obligatio, ideoq; tanquam res principaliter debita peti nō possunt, nec tanquam eius quod interest nomine, cū fuerit incertū an caperentur. Probare igitur debet actor se ita habiturum fuisse alioquin ipsi abesse non dicuntur.

Est deinde aliud genus vtilitatis, quod scilicet rem non comitatur & propterea non minus aliunde quam ex eo, quod debebatur haberi potest *l. sterilis §. cum per venditorem. ff. de act. empt. l. vnic. C. de sent. quæ pro eo l. 2. ff. rem rat. haber.* Cuiusmodi est lucrum quod ex industria negotiantis aut inopia comparantis obuenit, & damnum quod tam ex alterius quam rei debitæ inopia facimus. Hæc vero vtilitas, cum de præstando interesse agitur, non venit in considerationem. Textus est hac de re expressus *in l. sterilis. §. cum per venditorem. Digest. de act. empt.* vbi hoc modo scribitur: *Cum per venditorem steterit quo minus rem tradat, omnis vtilitas emptoris in æstimationem venit, quæ modo circa ipsam rem consistit: Neque enim si potuit ex vino (puta) negotiari & lucrum facere, id æstimandum est: Non magis quam si triticum emerit & ob eam rem, quod non sit traditum, familia eius fame laborauerit. Nam pretium tritici non seruorum fame necatorum, consequitur, nec maior fit obligatio, quod tardius agitur, quamuis crescat si vinum hodie pluris sit &c.* Hinc relucet manifestissime quod aduentitii & extrinseci lucri in æstimando interesse nulla plane ratio habeatur.

Veruntamen huic aduersari videtur *l. qui negotiationem 58. in pr. ff. de adm. tutor.* vbi in tutelæ iudicio venit incrementum negotiationis, quod sane lucrum est extrinsecum.

Respondet Oestenius: In actionib. quæ sunt ex negotio gesto lucrum quodlibet siue ex re ipsa sit, de qua agitur, siue extra rem præstari oportere: Lucrum quippe, quod reus veluti tutor *d. l. qui negotiationem. 58* vel tanquam procurator *l. qui proprio. 46. §. procurator. ff. de procurator.* vel tanquam negociorum gestor *l. si autem. § 1. ff. de negoc. gest.* ex rerum mearum administratione fecit, mihi restitui æquissimum est, ne ex rerum mearum administratione lucrum aliquod faciat: Adeo vt etiam in iustum lucrum restituere teneatur *d. l. si autem. 8. §. 1.* Quanquam lucrum quod actor facere potuit nec in hisce actionibus consideretur, vt nec damnum quo affectus est, nisi circa rem consistat *d. l. sterilis. ff. de act. empt. l. vnic. C. de sentent. quæ pro eo quod interest.*

Rursus assertioni nostræ aduersari videtur *l. si fundus. 33. ff. locat.* vbi ICtus Africanus, inquit, *si colonus tuus fundo frui à te, aut ab eo prohibetur, quem tu prohibere, ne id faciat, possis, tantum ei præstabis, quanti eius interfuerit frui, in quo etiam lucrum eius continebitur.* Quod si igitur lucri habetur ratio, prout vult hoc in loco Africanus, sequitur interesse etiam remotum, siue extrinsecum in considerationem venire.

Sed ad hunc etiam textum bene respondetur, in illo loco agi de lucro, quod circa rem est, non etiam de compendio negotiationis, & lucratus fuisset id, quo postea alium fundum aliamue coloniam pluris conduxit, vel quo etiam pluris locaturus erat *l qui insulam. 30. ff. de locat. cond.* Quare hic venit lucrum, quod ex conductione fundi conductor facturus erat *l. si in lege 24. §. colonus. l. In quo. 18. ff. locat.* non etiam fortuitum, aduentitium, aut extrarium compendium, puta si ex fructibus negociari & vberrimum quæstum facere potuit.

Idem respondendum ad *l. si mulier. 22. ff. rer. amot. & l. commissa. 11. rem rat. haber.*

Obiicitur porro prædictæ assertioni nostræ textus *in l. 2. in fine. ff. de eo quod cert. loc.* Nam illic ita scribitur: *Nunc de officio iudicis huius actionis loquendum est, vtrum quantitati contractus debeat seruire, an vel excedere, vel minuere quantitatem debeat? vt si interfuisset rei Ephesi potius soluere quam eo loci, quo conueniebatur, ratio eius haberetur,*

Iulianus

Iulianus Labeonis opinionem secutus, etiam auctoris habuit rationem, cuius interdum potuit interesse Ephesi recipere, itaque vtilitas quoque actoris veniet: Quid enim si traiectitiam pecuniam dederit, Ephesi recepturus vel sub pœna debebat pecuniam vel sub pignoribus? Et distracta pignora sunt, vel pœna commissa mora tua? vel fisco aliquid debebatur & res stipulatoris vilissimo distracta est? in hanc arbitrariam, quod interest veniet, & quidem vltra legitimum modum vsurarum: quid si merces solebat comparare? an & lucri ratio habeatur, non solius damni? puto & lucri habendam rationem. Hic expresse statuit Vlpianus quod aduentitii, remoti & extrinseci lucri in æstimatione eius quod interest, ratio haberi debeat. Et certe tanta est inter hunc textum *& l. si sterilis §. Cum per venditorem. Digest. de act. empt.* supra pro nostra sententia allegatam, contrarietas, vt omnis prope ætatis ICti erudiri in ea tollenda plurimum sudarint ac laborarint.

Equidem Bartolus, quem è veteribus ICtis plerique secuti sunt, ait *in d. l. 2. §. fin. ff. de eo quod cert. loco.* agi de pecunia numerata quæ hoc præ cæteris rebus hoc præcipuum habeat, quod in ea etiam illa vtilitas, quæ non consistit circa rem, præstari debeat: Rationem vero huius dicit esse eam, quod nummorum vna sit & certa æstimatio *l. 3. ff. de in lit. iurand.* vt in his aut nihil nomine eius quod interest, æstimandum sit, aut vero ea saltem vtilitas sit æstimanda, quæ circa rem non versatur, haberi tamen potuit: At nihil æstimari cum foret iniuriosum, proinde consequens esse huiusmodi vtilitatem æstimari debere. In cæteris autem rebus, vt vino, oleo frumento & speciebus reliquis varie æstimationem cõmutari posse, vt fit, quod in his queat æstimari, etiamsi eas vtilitates, quæ circa rẽ non consistunt, non admiserimus.

Verum hæc Bartoli responsio & conciliatio non arridet Donello: Etsi enim in nummis, quanti plurimi sint, æstimari non possit, quia nummorum æstimatio semper vna est, nõ tamen propterea nũmis non solutis, ea vtilitas, quæ propter pecuniã non solutã, amissa non est, æstimanda est: Id enim æstimãdum est, quod abest, & quidẽ vere: Hoc igitur quærendum est, vtrum ea vtilitas, quã non consistere circa rem dicimus propter nõ solutam pecuniam amissa sit, an non sit amissa: Si non est amissa, tum sola pecunia præstatur, quæ debetur. Quod si vero propter dilationẽ pecuniæ vtilitatẽ amissam esse volumus, cum in cæteris rebus eodem modo amittatur, cur non in illis quoq; præstari debeat, ratio dari non potest. Nec ad rem facit quod in cæteris rebus vtilitas alia circa æstimationem rei occurrere possit, vt rei æstimatio pro tẽpore varie augeatur: Hoc enim ridiculũ esse Donellus ait, quasi, inquit, non etiam minui potuerit aut quasi diuersis vtilitatibus incurrentibus, nõ omnes æstimari debeant, quæ frustratione debitoris sunt amissæ & quod ille vna in re nocuit non modo illi non nocere, sed etiã prodesse debeat ad alterius maleficii & iniuriæ deprecationem. Et sane, cum in his rebus quæ precium intrinsecus accipiũt ratio cessantis lucri haberi debeat, quanto magis æstimandum erit extrinsecum interesse, quatenus damnum respicit: Multo enim æquius est nobis ne detrimentum aliquod patiamur succurri, quã ne lucrum perdamus *l. final. Cod. de codicill.* Alciat. *ad l. vnic. cap 9. num. 13.*

Iacobus Cuiacius *in tract. 8. ad African. in l. si fundus. 33. ff. locat.* respondet *in d. l. 2. §. fin. Digest. quod certo loco.* tractari de nautica pecunia, & hoc in ea speciale esse, quod ex ea lucrum etiam extraneum veniat; si ea pecunia nautica certo loco creditori reddi cõuenerit; ꝑpterea quia nautica pecunia sicut nõ seruat modũ dupli & centesimæ; ita nec modũ habet petẽdę vel arcessẽdæ extra rẽ allegationis eius ꝙ

EEEe 2 inter-

interest. Proinde ait Cuiacius in ea pecunia venire lucrum & damnum extraria, si eo loco de quo conuenerit, non soluatur.

Veruntamen & hanc responsionem reiicit Iohannes Oestenius *in d. tractat. de eo quod interest c. 5. num. 91.* vbi ait idem plane statuendum esse etsi traiectitia pecunia non sit in obligatione, sed alia pecunia, etiam simpliciter data, prout hoc ratione satis perspicua demonstrat, vt ex iis quæ paulo post subiicientur, clare patescit.

Andreas Alciatus *in d.l. vnic. cap. 9.* respondet: Omnis vtilitatis, quam actor consequi potuerit habendam esse rationem, etiamsi circa rem non consistat, siue pecunia, siue species debeatur; idque procedere in omnibus contractibus & conuentionibus, sola emptione venditione, in qua hoc speciale esse statuit quod extrinseci nulla habetur ratio. Exceptionis vero huius istam statuit rationem quod iure constitutum sit, vt emptor, si pecuniam non daret in vsuras solum legitimas condemnetur *l. vlt. ff. de peric. & commod. rei vendit.* idcirco æquum visum esse moram quoque venditoris durius non puniri; parem enim vtriusque conditionem fieri oportere, quod fiat si solum in eo, quod extrinsecus interest, damnetur, id enim quod extra rem versatur, legitimum vsurarum modum excedit.

Repudiat etiã hanc sententiã Donell. idque ex hac ratione quod si extrinseci interesse vllo in contractu habenda esset ratio, maxime in contractu emptionis venditionis, in quo bona fides exuberat *l. 5 C. de rescind. vend.* in considerationem venire deberet, cum in bonæ fidei contractibus omnia illa veniant præstanda, quæ præstari æquum & bonum est *§ In bonæ fidei 30. I. de actionibus.*

Ad rationem vero Alciati respondet Donell. Non idcirco emptorem eam vtilitatem, quæ circa rem non versatur, non præstare, quia in vsuras condemnetur, sed quia vtilitas ista per se talis est vt præstari non debeat quia propter cessationem debitoris amissa non est; adeoque apertum est Alciatum committere fallaciam causæ & petitionis principii. Deinde, posito quod emptor ideo quia vsuræ precii ab eo exigi non possunt, eas vtilitates, quæ aliunde extrinsecus percipi potuerunt, præstare non debeat: Exinde tamen non sequetur quod à venditore exigi non debeant; quoniam hæc ratio non par, sed dispar, & longe dissimilis emptoris & venditoris conditio reddetur. Nam vsuræ non idcirco exiguntur, quia earum vtilitas circa pecuniam debitam versatur; cum, dicente Paulo, non propter lucrum petentium sed propter moram non soluentium infliguntur. *l. cum quidam. §. si pupillo. ff. de vsur.* Deinde quod vsuræ non sint tale lucrum quod circa rem, siue pecuniam versatur etiam exinde patet, quod fieri possit, vt quis pecuniam sibi debitam acceperit, neque vsuras illas habeat, vel quia eam pecuniam statim expendere coactus fuit, siue quia non habuit apud quem tuto fœnori exponere potuerit, siue quia fœnori locare eius non interfuerit. Insuper si is vsurarum fructus circa rem consisteret, tum si quis pecuniam certa die præstare promisisset & moram faceret, vsuræ ex mora deberentur, quia in hanc stipulationem id quod interest venit *l. si fundum certo ff. de verbor. obligat.* eo autem quod interest omnis vtilitas, quæ circa rem consistit, continetur. *d. l. si sterilis §. cum per. ff. de action. empt.* Atqui absurdum est vsuras in stipulatione ex mora deberi *l. 3. C. de vsur.* Falsum proinde est quod vsuræ sint talis vtilitas quæ circa pecuniam debitam consistat. Quod porro dicit Alciatus quod extra rem interest, legitimum vsurarum modum excedere; supra hunc autem modum à venditore

ditore exigi non posse. Id vtrumque falsum esse Donellus demonstrat: prius quidem, quia fieri potest vt nihil amplius absit venditori, quod extrinsecus consequi potuit, quod præstitum non maiorem modum, quam vsurarum efficeret: Posterius ideo falsum dicit, quia si supra modum vsurarum præstare venditor non debet, si is triticum venditum sua die non tradiderit, & triticum creuerit forte ad duplum, vt sit æstimatio, ne hanc quidem præstabit, auctore Alciato, quia altera quasi sors, quæ accessit non vnius mensis, sed multorum annorum vsuras superat. Quod ne ipse quidem Alciatus dicit, & apertè falsum est *d. l. si sterilu. §. Cum per venditorem.* Vnde relucet quod emptoris præstatio vsurarum ad venditorem nihil pertineat. Postremo ita Donellus contra Bartol. & Alciatum argumentatur: vtilitas, quæ ex re non est, aut illa aut reuera damnum inducit, aut reuera non inducit: Si prius tum ex Iustiniani constitutione *in l. vnic. C. de sent. quæ pro eo quod interest.* in omnibus actionibus & in omnibus rebus ea vtilitas præstanda est: Sin posterius, in nullis rebus, in nullis iudiciis in consiterationem venit, quoniam Iustinianus id quod interest vult illud duntaxat damnum continere, quod reuera inducitur *d. l. vnic.*

Andreas Gailius *lib. 2. obseruat. practicar. 6. num. 3.* distinguit inter mercatores & cæteros creditores, vt Mercatoribus quidem etiam lucrum aduentitium & extrinsecus loco interesse præstari debeat, reliquis non-mercatoribus atque illis, qui negociari consueuerunt, interpretatur *d. l. 2. §. fin ff. de eo quod certo loco.* Et pro hac distinctione multos allegat Authores qui ibid. videri possunt: Rationem tamen diuersitatis & distinctionis non apperit, nec etiam *d. l. 2.* de Mercatore duntaxat accipiendam esse ostendit.

Quocirca his conciliationibus ac responsionibus reiectis hoc modo ad *d. l. 2. § fin.* respondendum esse statuit Donell. & post eum Iohannes Oestenius: In nullo omnino contractu, in nulla re, qualiscunque tandem fuerit, extrinseci seu aduentitii lucri rationem haberi, quotiens de interesse æstimando ac præstando agitur; excepto vnico illo casu, quo vel expresse vel tacite conuenerit, vt & huius lucri ratio haberetur: Tunc enim conuentionem obseruari debere. *l. 23. ff. de Reg. Iur.* hunc autem casum, inquiunt contineri *in d. l. 2. §. final.* Hoc quippe ipso quod solutio pecuniæ incertum locum confertur intelligi contrahentes tacite inter se conuenire, vt earum vtilitatum, quas creditor in loco habere potest, ratio habeatur: Nec enim temere locus adiectus videtur; sed idcirco vt in electo loco soluatur & ita creditor hæc incommoda vitare, lucrumue percipere possit. Si itaque creditor frustratiue differat solutionem æstimandæ sunt eæ vtilitates omnes, quæ in loco adiecto haberi potuissent pecunia soluta, siue circa rem consistant, siue non.

Ex hactenus igitur adductis iam perspicue liquere arbitror quod in æstimando inter esse eius duntaxat damni ratio habeatur quod circa rem ipsam non quod extrinsecus contingat.

Quæ. 31. *An in delictis id quod interest, contineat damnum quod extra rem versatur?*

Sed quidnam de interesse ex delicto præstando dicendum? Etenim Costalius *in l. 3. ff. de in lit. iurand.* statuit in delictis venire id, quod interest, etiamsi extra rem sit, & probat hoc per textus *in l. Ait. l. proinde. l. Inde Neratius. ff. ad L. Aquil.* quibus in locis de extrinseco interesse tractari autumat, & tamen illic expresse deciditur istud lucrum aduentitium præstandum interesse.

Idemque euincere conatur ex *l. Infitiando. §. 1. ff. de furt.*

Eodemq; spectare existimat *l. semper. 15. §. In hoc interdicto ff. quod vi aut clam.*

Denique pro eadem adstruenda opinione allegat *l. Iulianus 13. Digest. de act. empt.*

Sed hanc opinionem reiicit & improbat Oestenius *d. c. 5. num. 100.* statuens nec in delictis vllam rationem haberi extrinseci interesse; Iique propterea quod Iustinianus Imperator *in l. vnic. Cod. de sentent. qua pro eo quod interest.* id damnum quod reuera inducitur reddendum constituit, nihil omnino inter contractus & delicta distinguens. Ex quo indubitanter existimat inferendum quod in delictis ratio habeatur extrinseci interesse.

Nec quicquam supra allegatos textus sibi aduersari arbitratur. Nam *in d.l. Ait lex.l.proinde l. Neratius.ff. de L.Aquil.& l.13.ff.de act. empt.* de intrinseco & non de extrinseco damno loqui exinde probat quod hereditas seruo delata, ex vnica ista causa fuerit amissa quod seruus occisus est quodque seruo caremus; quandoquidem hereditatem per alium, quam seruum obtinere non potuissemus: Merito proinde hereditatis illius, internecione serui heredis, interuersæ, tanquam lucri intrinseci ratio illic habetur. Neque huic, quod hereditas seruo occiso delata æstimari debeat, obstat *l.pretia rerum 63. ff. ad L. Falcid.* vbi Paulus negat dominum locupletiorem esse eo ipso, quod seruus eius heres sit institutus, nisi & adierit hereditatem: Vnde videbatur dicendum quod, occiso seruo, tantum corpus serui occisi, non etiam hereditas sit æstimanda; & quod hereditas amissa damnum sit extrinsecus.

Etenim quod ICtus seruum heredem institutum tanto pluris esse, quanto pluris venire potest & dominum inde locupletiorem factum esse negat, hoc obtinet respectu legis falcidiæ, seu respectu alterius, puta legatariorum, creditorum & quorum respectu non sum locupletior ex hereditate, per seruum aut per me ipsum mihi delata, antequam seruus iussu meo, vel ipse hereditatem adeam, cum multis modis accidere possit: ne iussu meo seruus adeat, nec ipse adeam *d l.pretia.* Si vero culpa alterius ius adeundi hereditatem amittam, puta quia seruus heres institutus à Titio occisus est, dicor verè damnum pati & ad id, quod interest, seu ad æstimationem hereditatis agere possum. *l. sed etsi hereditas. 11. Digest. ad exhibend.*

Idem plane respondit ad *d.l. inficiendo & d.l.semper.15.* quod nempe & ipsæ loquantur de damno circa rem consistente. Nam *in d.l.* inficiendo damnum ex eo solo, quod surreptum est, quia alii sub pœna erat promissum, datur, nec aliunde quam ex eo, quod debeatur, haberi potuit: Nam hoc, & non aliud erat promissum sub pœna. *In d.l.semper.* Vlpianus ait, illo interdicto tanti litem æstimari, quanti actoris interest: id vero ait Oestenius ita accipiendum esse, quanti reuera interest. *d.l.vnic.* Id enim nobis abest & ob id nostra interesse dicimus, non etiam si fortuito quid acciderit.

Cæterum & si verum sit, prout hactenus ostensum est, textus supra allegatos non satis probare quod in delictis extrinseci interesse habendi sit ratio, nihilo- minus tamen dicendum mihi videtur, quod in delictis æstimetur illud etiam aduentitium lucrum. Tum quia iniquissimum foret delictum, siue maleficium alienum vllatenus mihi damnosum existere: quod tamen contingeret si aduentitii illius damni nulla penitus ratio haberetur in delictis: Tum etiam quia *d.l.vnic. Codic. de sentent. quæ pro eo quod interest. prof.* ad delicta non spectat, prout supra ostensum quo circa cũ nulla alia extet lex aut cõstitutio quæ interesse ex delictis præstandis ad damnum seu lucrum intrinsecum, quod-

que

que circa rem consistit, restringat, ratio nulla est quæ suadeat ad illud præcise coarctari.

Et hinc etiam relucet quod Oestenius *in d. l. vnic.* opinionis suæ fundamentum male constituat, cum ex verbis & subiectis exemplis plus satis liqueat quod constitutio ista ad delicta referri nequaquam debeat.

Quæst. 32. *An causa'e augmentum veniat in id quod interest?* Quæritur porro vtrumne causalis augmenti ratio habeatur in æstimando eo quod interest? quæstio in eo est, vtrumne sicut in reputando eo quod interest, ratio habetur eius quod de nostro diminutum est, damni, ita quoque si quid lucrati potuimus, neque fecimus, eius lucri ratio habenda sit?

Verbi causa, ante septennium mihi vendidisti fundum 100. floren. qui modo valet 400. si fundus iste mihi euincatur, ac præter precium nihil intersit, an huius fortuiti augmenti aliqua habeatur ratio?

Affirmatiua sententia confirmatur per textum *in l. venditor hominis. 8. Digest. de euict.* vbi Iulianus ita scribit. *Venditor hominis emptori præstare debet, quanti eius interest, hominem venditoris fuisse. quare siue partus ancillæ. siue hæreditas quam seruus iussu emptoris adierit, euicta fuerit, agi ex empto potest. Et sicut obligatus est venditor vt præstet licere habere hominem quem vendidit, ita ea quoque quæ per eum acquiri potuerunt præstare debet emptori vt habeat.*

2. Sententia huic subscribit etiam Papinianus *in l. 66 §. fin. Dig. ff. eod. tit.* quo in loco hæc in verba scribit: *Diuisione inter cohæredes facta, si procurator absentis interfuit & dominus ratam habuit, euictis prædiis in dominum actio dabitur, quæ daretur in eum qui negocium absentis gessit, vt quanti sua interest actor consequatur: scilicet vt meliores aut deteriores agri facti causa, finem precii, quo fuerat tempore diuisionis æstimatum, deminuat vel excedat.*

3. Adstipulatur his etiam Paulus *in l Euictâ re, 70. ff. de euict.* Illic enim Paulus *euictâ re, ex empto actio non ad precium duntaxat recipiendum, sed ad id quod interest competit: Ergo etsi minor esse cœpit, damnum emptoris erit.*

4. Idemq; Paulus *in l. Idque & Iulianus 45. Digest. de act. empt.* Porro confirmat, sicut, inquiens minuitur præstatio si seruus deterior apud emptorem effectus sit, cum euincitur, ita augetur, si melior sit factus.

Igitur casualis augmenti ratio vtique habetur in æstimando eo quod interest; ita tamen vt sicut alias id quod interest non excedit dupli quantitatem in casibus certis, ita nec hoc casu *d. l. vnic. in versic. Et hoc non solum in damno, &c.* Et hanc sententiam veriorem esse asserunt Oestenius *in tract. de eo quod interest. cap. 5. num. 102.* Donell. *in comm. ad d l. vnic. c. 10.*

Sed ille refragatur textus *in l. Ex mille 64. Digest. de euict.* vbi Papinianus inquit, non augeri quantitatem euictionis, si res melior fuerit effecta. Ex quo dicendum videtur quod tantum sit spectandum precium quod fuit tempore contractus, quodque augmentum causale non veniat in id quod interest.

Aduersatur præterea textus *in l. 26. Digest. de damn. infect. Proculus ait, cum quis iure quid in suo faceret quamuis promisisset damni infecti vicino, non tamen teneri eum à stipulatione veluti si iuxta mea ædificia habens ædificia, eaque iure tuo altius tollas; aut si in vicino agro tuo cunicule vel fossa aquam meam auoces. Quamuis enim & hic aquam mihi abducas, & illic luminibus officias. Tamen ex stipulatione actio mihi aduersus te, qui damni infecti mihi caueris, non competet: scilicet quia nõ debeat videri is damnum facere, qui eo veluti lucro, quo adhuc vtebatur, prohibetur. Mihi videtur vera esse Proculi sententia.*

Resistit insuper *l. si is cui 72. §. vl. ff. de furt. Eius rei,* inquit ibi Iauolen. *quæ pro herede possidetur furti actio ad possessorẽ nõ pertinet, quamuis*

quamuis vsucapere quis possit: quia furti agere potest cuius interest rem non surripi. Interesse autem eius esse videtur qui damnum passurus est, non eius qui lucrum facturus est.

Denique *in l. si sterilis. 21. §. cum per venditorem. ff. de act. empt.* vbi Paulus lucrum æstimandum esse negat: *Cum per venditorem*, inquit, *steterit quominus rem tradat omnis vtilitas emptoris in æstimationem venit, quæ modo circa rem ipsam consistit: Neque enim si potuit ex vino, puta, negociari & lucrum facere, id æstimandum est.*

Et quanquam nonnulli ad hosce textus respondeant eos ad ius antiquum spectare, nunc vero esse correctos & emendatos per nouam Iustiniani constitutionem *in d. l. vnic. C. de sentent. quæ pro eo quod interest.* Ei tamen repugnat quod ipse Iustinianus *in ea l. vnic.* aperte profitetur, ideo se id quod interest ex lucro & damno amplexum esse, quia veteres idem statuerint. Deinde quia Paulus diserte testatur lucri fortuiti rationem *in l. si commissa. 13. ff. Rem rat. hab. Si commissa est stipulatio ratam rem dominum habiturum: In tantum competit, in quantum mea interfuit, id est quantum mihi abest quantumque lucrari potui.*

Equidem Carolus Molineus *in tractat. de eo quod interest n. 68. & 135.* respondet actionem de euictione dari ad precium, & id quod interest *l. 70. de euict. l. emptorem. 11. § final. cum l. sequent. ff de act. empt.* & de priori capite loqui *d. l. Ex mille 64. ff. de euict. & l. bonitatis. eod. tit.* De posteriori vero intelligi leges quæ asserunt lucri habendam esse rationem.

Sed regerit Oestenius hoc aliquo modo durius esse: Nam licet verum sit actionem de euictione dari ad precium restituendum & id, quod interest *d. l. 7.* Ex eo tamen non sequi, hasce leges ita in concordiam redigi posse; quippe eo ipso quod habetur ratio augmenti, puta hereditatis, ex qua seruus institutus est, & rei per alluuionem fundo adiectæ, augetur etiam precium rei, ita vt non æstimetur res quanti fuerit tempore contractus, sed quanti valeat tempore euictionis. Et licet hæc ad id quod interest commodius quam ad precium referri possint, de vtroque tamen intelligi debet *l. si cum. §. fin. de euict.* quoniam Papinianus ibi expresse inquit melioris aut deterioris agri facti causam, finem precii quo fuit tempore diuisionis æstimatus diminuere vel excedere.

Ipse proinde Oestenius, relecta hac responsione, verisimilius ait *d. l. Ex mille. 64 ff. de euict.* intelligendam de actione ex stipulatu interposita euictionis nomine, quæ stricta est: Hæc committitur in duplum, in totum tota re euicta, siue res melior, siue deterior sit facta, & siue aucta, siue diminuta sit: Eadem enim est, quæ fuit ante, etiamsi aucta vel diminuta sit. Alioquin nos ipsi non essemus iidem qui quotidie commutamur. Aliud seruari, inquit Oestenius, in actione ex empto: Nam hoc iudicium adiicit & reiicit, quæ adiici & reiici bonum & æquum est Cuia. *ad Afric. tract. 8. ad l. Cum fere. 44. de act. empt.*

In *l. bonitatis ff eod. tit.* agitur de æstimatione bonitatis euictæ partis, in qua similiter inspicitur tempus contractus, vel quo pars rei venditæ accessit si ex stipulatu agitur; si ex empto euictionis.

Nec obstat quod perfecta emptione & venditione periculum ad emptorem spectat *l. Necessario. 8. ff. de peric. & commod. rei vendita §. Cum itaque. l. de empt. & vendit.* Hoc enim verum est, si casu contingat, secus si culpa venditoris lucrum intercipiatur aut damnum detur.

Ad *l. 26. ff. de damn. infect. l. si is cui. 72. ff. de fint.* respondent Donell. *in d. tractat. de eo quod interest c. 10.* & Iohannes Oestenius *in d. tract. c. 5.* In proposito id tantum lucrum in id quod interest venire, quod quis iure facere potuerit, secus illius haberi rationem æquum est, ita vt iniustum

quod-

quodque ex alterius iniuria quæritur excludamus *l. sciendum 18. ff. ex quibus causis maiores.* At in *d. l. 26. & d. l. si is cui 72.* agi de lucro, quod ex alterius iniuria quæritur & ideo id præstandum negari: Nam *in d. L. 26.* ICtus Vlpianus affert cum quis iure suo aliquid in suo faceret, quamuis promisisset damni infecti nomine, non tamen eum teneri ea stipulatione, veluti si iuxta mea ædificia, habeas ædificia, eaq; iure tuo altius tollas, aut si in vicino agro, funiculo vel fossa aquam meam auoces. Quamuis enim & hic mihi aquam abducas & illic luminibus officias, tamen ex ea stipulatione actionem mihi non competere, quia non debeat videri is damnum facere, qui eo veluti lucro, quo adhuc vtebatur, prohibetur. Is enim damnum facit, cui aliquid de patrimonio diminuitur, siue id iam habeat, siue habere possit *l. 3. ff. damn. infect. in d. l. si is cui 72. §. vlt. de furt.* Consimiliter agitur de lucro, quod cum alterius iniuria acquiritur: Nam Iauolenus ibi respondet, actionem furti non dari ei, qui pro herede possidet, idque ex ea causa, quod furti agere potest, cuius interest. Eius autem interesse videtur, inquit, qui damnum passurus, non eius, qui lucrum facturus est. Etenim lucrum hic facturus est ex re aliena, quod iniustum est, ideoque est cum alterius iniuria: Nihil enim aliud eo nomine ipsi absuturum est, cur sua interesse dicat eam recipi, quã quod possidendo eam vsucapere potuerit & hoc possessionis lucrum facere. interest autem tunc vere, si res nostra nobis surrepta est, aut etiam aliena, cuius custodiam præstare debemus. Secus etsi in aliena re lucrum facturi sumus. Iustum igitur lucrum est quid iure suo facere, quod parare sibi ex re sua aut aliena liberalitate potuerit & eius habetur ratio, non etiam eius, quod iniustum est, veluti quod cum alterius iniuria quæritur.

Ad *d. l. stipulat. §. cum per venditorem. ff. de act. empt.* respondetur eam non de propinquo, sed de remoto lucro & damno, seu, quod idem est, de lucro & damno extrinseco, non vero de lucro & damno intrinseco, seu quod circa rem consistit, tractare. Postremo non aduersatur superiori sententiæ *L. 2. § portio. ff. ad L. Rhodiam de iactu.* vbi ICtus Paulus inquit, res iustas æstimari tanti, quanti emptæ sunt, non quanti vendi potuerint, eo quod detrimenti, non lucri fiat æstimatio.

Respondendum enim ad hoc, illud in lege Rhodia idcirco singulariter esse receptum quia exinde actio descendit non in id quod interest petitoris, qui ob merces suas iactas agit, comparata, sed saltem de eo damno, quod passus est videlicet de iactu *l. 1. ff. de L. Rhodia.* Aliud est si agimus de actione, in qua venit quod interest actoris, quærimusque quid sit habendum in eo quod interest, vbi recte dicitur damni pariter & lucri habendam esse rationem.

Quocirca ex his relinquitur verissimum esse quod in computando eo quod interest ratio haberi omnino debeat lucri etiam aduentitii, iusti tamen est honesti, non iniusti & inhonesti.

De interesse quod post moram creditori præstandum & adiudicandum est, summarim ita constituit Elector Saxoniæ *part. 2. constit.* 30. vt interesse damni emergentis, vel etiam lucri cessantis ab illis, qui id petunt, per circumstantias vel coniecturas aliquas liquitando summarie saltem probetur atque super eo sententiam moderatoriam iudex ferat: Interesse vero precii rerum emptarũ non soluti indistincte & absque alia probatione admodum legitimarum vsurarum æstimetur: Verba constitutionis hæc sunt: Die Schöppenstüle haben bißanhero auff diese Frag vngleich gesprochen/ dann etliche seynd der Meynung gewesen/ wann ein Kauffman deß auß-

FFFf geliehenen

geliehenen Geldts oder Wahren auff bestimbte Zeit nicht bezahlet / daß dißfalls ob solam moram fünff Gülden interesse lucri cessantis, von hundert Gülden Hauptsumma auff ein Jahr zuerkennen / dieweil gemeiniglich ein Kauffman zum wenigsten so viel erwerben könne / der Richter sonsten auch ex conjecturis das interesse zu moderiren befugt / vnnd daß dißfals / wann ein Kauffman ob moram allein fünff gülden von hundert Gülden fordert / gantz keiner Liquidation nöthig sey / da er aber fünff Gülden fordern thäte / daß er alsdann das interesse liquidiren müsse.

Etliche aber seynd der Opinion, daß ob wol ob moram Kauffleuthe / vnd also personæ consuetæ negotiari der Anforderung nicht allein deß interesse damni emergentis, sondern auch interesse lucri cessantis, zu Recht befugt / so solte doch zuvorn / ehe fünff oder mehr Gülden moderirt / eine Liquidation geschehen / darauß zu befinden / daß der Kauffman fünff oder mehr Gülden gewinnen mögen / cum lucrum semper non sit certum, er auch so wol verliehren / als gewinnen könne / vnnd wann solche Liquidation geschehen / daß nach Gelegenheit derselbigen / daß interesse auff fünff oder mehr Gülden zu moderiren.

Damit nun solches auch zur Gewißheit in vnsern Landen gereiche / so haben wir jhnen aufferlegen lassen / forthin in vnsern Hoffgerichten / Juristen Faculteten vnnd Schöppenstülen zu sprechen / daß in allen Fällen vnnd Personen / Kauffleuthen vnnd andern / ohne Vnterschied das interesse selbst / vnnd zum wenigsten per circumstantias vel conjecturas probirt vnd liquidirt / auch alsdann erst darauff die moderation erkant werden soll.

Wann aber einer ein Gut erkaufft / vnnd jhme ist dasselbige tradiret / vnnd er hat das Kauff Gelt nicht bezahlet / sondern beyde das Gut vnd Gelt behalten / dieweil vnsere verordnete dißfals darfür geacht / daß solch interesse pretii non soluti, welches sonsten von der Nutzung deß verkaufften Guts zunehmen / nach Gelegenheit auß richterlichem Ampt in diesem vnd dergleichen Fällen / auff fünff Gülden von ein hundert Gülden moderiret werden könne / so lassen wir vns auch gefallen / daß in einem solchen Fall / darauff erkant werde / sonderlich wann gnugsam Bericht vnnd Anleytung vorhanden / daß das verkauffte Gut an Nutzung jährlich so viel ertragen möge.

Quod porro ad taxationem, modum & quantitatem eius quod interest, ita Iustinianus ea de re constituit vt in casibus certis duplum non excedat, in casibus vero certis moderamen eius iudicis arbitrio relinqui debeat *d. l. vnic.* Hinc quæstio suboritur quinam sint casus certi, & qui incerti, Et quidem Iustinianus ait certos esse, *qui certam habent quantitatem vel naturam.* Sed hoc controuersum est quid per quantitatem & naturam intellectum velit; Variæ siquidem & propè infinitæ Interpp. nostrorum de hoc extant sententiæ. Quæ. 33. *Quinam casus sint certi & qui incerti?*

Etenim Andreas Alciatus *in d. tractat. de eo quod interest. cap. 2. num. 15. & sequent.* per *naturam* ait nihil aliud intelligi quam id quod proprium est cuique contractui quodque regulariter ipsi ex consuetudine, vel alia de causa, etsi expressum non fuerit, inest. Sic n. *in l. quoties. ff. de seruit.* hoc nomen *Natura* accipitur, quando dicitur: Seruitutum non est ea natura vt aliquid faciat, sed vt aliquid patiatur vel non faciat. Ita quoque hoc vocabulum sumitur *in l. 1. §. fin. l. 2. §. Labeo ff. de aqua & pluv. ar. eod. l. 5. C. de rescind. vendit.* Sic & contractus certam naturam habere dicuntur, de quibus iure constitutum est, quid contineant & quibus in rebus

rebus versentur. § *Adeo.3. I de locat.iunct. l.1.C.de iure emphyteutico.* Nam quod Imperator *in d §. adeo*, naturam appellat, id *in d. l.1.* Zeno vocat definitionem seu substantiam. Et natura sua rem interiisse dicit Gaius, quæ fato suo functa est *l. 14. si plures.§.final.ff.de posit.* Sic natura contractus emptionis venditionis est vt præstetur euictio *l. pacta. ff. de contrahend. empt.*

Sed hanc interpretationem & sententiam reiicit Donell. *d. cap. 5.* idque propterea quod ea admissa omnes contractus forent certi, nulli contractus, nulli casus incerti: Quandoquidem nullus est contractus, de quo iure non sit constitutum quidnam eius sit proprium quidque in actionem & persecutionem veniat.

Verior & communior est sententia quod Iustinianus per quantitatem intelligat certæ pecuniæ summam obligatione comprehensam. Quantitas enim significat pecuniæ summam, vt *in l. 2. §. vlt. ff. qui satisd. cog § vlt. l. de verbor. obligat. l.stipulatio ista §. alteri. ff. de verbor. obligat. l.vlt.ff.de pretor. stipulat.* per certam naturam vero rem aliam omnem obligatione comprehensam cuius natura hoc est qualitas & quantitas sit certa & ita definita vt possit constare quæ qualis & quanta sit: Ita vt hoc Iustinianus dicere voluisse intelligatur, casus esse certos quibus directo ac principaliter agitur de certa pecunia, vel de certo corpore rei Donell.*d. c. 5.* Iacob. Cuiac. *in paratitl. ad l. vnic. C. de sentent. quæ pro eo quod interest.* Iohannes Borcholt. *in tractat. de verbor. obligat. cap.7. & 8.* Iohannes Oest. *in d l.vnic.cap.5. num.9.*

Confirmat hanc interpretationem Donellus hac ratione, quod cum Imperator eos casus dicit certos, qui certam habent quantitatem, satis declaret se metiri certitudinem casus & negotii, quo de agitur, ex certa quantitate, quæ in obligationem venit. Cui consentaneum ac conueniens est, cum alia res quam quantitas in obligationem deductum erit ibi quoque certitudinem casus ex re ipsa nos metiri oportere, vt certi sint & illi, in quibus alias res, cuius natura, substantia, qualitas ac quantitas definita sit ac determinata, versatur.

Idem quoque intelligitur ex eo quod in casibus certis id quod interest ad dupli quantitatem exigere permittit. Hoc autem dupli verbo eos designari casus, in quibus à principio simplum ab eo, quod postea interesse cœpit. At duplari non potest res nisi ea cuius natura certa sit, vt proinde hominum iudicio atque vsu certam reiiciat æstimationem per certam proinde naturam intelligi tur res certæ naturæ, seu corpus certum ac definitum.

Sicque hoc verbo primo comprehenditur species, cum omnes certa natura constent: Idque verum siue vna species aliqua, ita vt quæ qualis & quanta sit appareat, designata sit *l certum 6. de reb. credit.* puta fundus Tusculanus, Stichus *l.stipulationum. 74. §. l.certum.ff.de verbor. obligat.* siue sub appellatione generis promittatur, veluti homo, fundus, equus: vel species sub disiunctione promittatur, vt Stichum aut Pamphilum dabo. Etsi enim electio sit debitoris, non tamen definit id quod interest certæ naturæ vel quantitatis obiectum habere, illud videlicet in quo (siue debitoris, siue creditoris sit electio) obligationis sit executio. Vt enim eo tempore ignoretur quid sit, quod debitor præstiturus est, quo in obligationem deducitur; cum tamen præstiterit id & quid sit & quanti, ignorari non poterit: quæcunque res erit, hæc ipsa esse videbitur quæ promissa est *arg. l. cum incertus. 13. ff. de legat. 1.* Vt taceam quod licet in obligatione generis compendio

sermonis singulæ. *l.66.§. Non idem. de legat.2.* Et in disiunctione duæ pluresue species contineantur, solutione tamen vnius speciei obligatio tollatur §.1.*I. quib. mod. obligat. toll. l.107. ff. de solut.* Et siue electio est debitoris, siue creditoris, id obseruari debet, ne vel optimum, vel pessimum, sed mediocre accipiatur *l. Legato 37. ff. de legat.1.*

Nec huic aduersatur *l. vbi 75. in pr. & §. 1. ff. de verb. obligat.* Tametsi enim ibi Vlpianus asserat, incertam esse stipulationem, si quis fundum vel hominem generaliter sine proprio nomine sibi dari stipulatus sit, non tamen inde sequitur rem habere incertam naturam ac casum interesse esse incertũ: Imperator quippe Iustinianus *in d. l. vnic.* non requirit *certam rem*, sed *rem certa materia*, vel *rem certa natura constantem.* Certa enim saltem est promissa si ex pronunciatione ipsa apparet quæ, qualis, quantaue sit *d. l. stipulationem 74. § final. ff. de verbor. obligat. l. certum 6. ff. de Reb. credit.* Res certæ naturæ promissa intelligitur si, quæcunque præstabitur, talis est, etiamsi tunc quæ ea futura sit ignoretur. Hinc etiam Imperator maluit certam naturam dicere quam certam rem, vt sc. intelligeretur non eos tantum casus esse certos qui rem certam continerent, sed etiam qui incertam, modo eam, quæ certa natura constaret, quod in rebus & generaliter & sub disiunctione promissis contingit Donell. *d. cap. 5.* & Oesten. *d. cap. 5. num. 10.*

Sed etsi factum limitatum, seu certum sit in obligatione, casus erit certus veluti si stipulatus sis certum fundum tradi certam domum vel parietem ædificari, vel certas operas præstari: Inuenitur enim hisce casibus certum simplum communem habens æstimationem quod duplicari potest.

Nam aduersatur huic sententiæ argumentum quo Bartolus cæterique dissentientes vtuntur, quod superiori admissa interpretatione verbum *Naturam in d. l. vnic.* superfluum foret, quia & ea, quæ certam speciem habent, dicuntur certam habere quantitatem: si enim quis legauerit, quantas summas dictauerit, censuit Aristo species quoque contineri *l. quiquis de legat.3.* Etsi quis stipuletur sibi dari quantas pecunias ex hereditate prouenerint, non preciũ, sed rerum corpora stipulatus videtur *l. cum stipula. ff. de verb. obligat.*

Sed hoc, vt dixi non aduersatur, quia alias reprehendendus etiam foret Paulus ICtus, qui *in l. certum. ff. de Reb. credit. certum*, inquit, *est, cuius species vel quantitas ostenditur.* Ex superiori enim ratione species superflueret.

Et quod appellatione quantitatis proprie species contineatur, nullibi probatur, sed contrarium potius euincit textus *in l. Ex morte. C. de pact. conuent.*

Nec mouet Aristonis responsum; quandoquidem aliud est si dixero, *lego Sempronio quantitatem*, aliud, si *quantas summas*: Dictio enim *quantus* adiectiua non ad solam quantitatem refertur, imo ex propria vocabuli significatione magnitudinem potius denotat. Sic Virgilius: *Nam qualis quantusque cauo Polyphemus in antro*; Idem: *Nunc quale Diomedis equi, nunc quantus Achilles.* ita *in l. quanta. ff. de public.* quantæ audaciæ quantæque temeritatis sunt publicanorum factiones, &c. Nec obest quicquam quod verbum quantitatis à quanto formetur, quoniam consuetudo loquendi à doctis obseruata ipsa & quæ verbis proprietatem tribuit Quintil. *lib. 11.* Vnde cum verbum quantitatis consuetudo non sumpserit pro specie, adiectiuum vero ex adiuncto frequentius Alciat. *d. tractat. c. 2.* *Lit. F.* Quæst. 34.

In casibus igitur certis id quod interest duplum non excedit: Ita Iustinianus *in d. l. vnic. C. de sent. quæ pro eo quod interest.* cauet *In casibus certis interesse duplum an excedere poss. 8.*

cauet: *Sancimus itaque in omnibus casibus qui certam habent quantitatem veluti in venditionibus & locationibus & omnibus contractibus hoc quod interest dupli quantitatem minime excedere.*

Ratio autem cur id quod interest duplum excedere nõ debeat, hæc est, quod vsuræ supra duplum non debentur, & in duplo sors computatur, sic vt vsuræ non debeantur amplius, cum sortem adæquant *l. vsura* 10. *l. vsura minutim* 29. *C. de vsur.* interesse vero magnam cum vsuris habet conuenientiam.

Non obstat huic *l. si dictum* 56. *ff. de euict.* vbi ICtus docet, re vendita euicta, venditorem non tantum in duplum, sed etiam in triplum & quadruplum actione ex empto ab euictione teneri. Ex quo statuendũ videtur quod falsũ sit quod diximus id quod interest duplum non excedere, & in duplo rem ipsam siue æstimationem aut precium rei contineri. Etenim actio ex empto datur in id quod emptoris interest & cum emptor triplum aut quadruplum actione ex empto consequatur, vt dictum est, concedendum omnino videtur, id quod interest duplum excedere & in duplo rem ipsam non contineri, cum emptor non solum rem ipsam, sed alterum tantum, sed extra rem ipsam aut rei precium, consequatur triplum imo amplius.

Hoc, inquam, non obstat: Nam quod dictum est, id quod interest duplum non excedere & in duplo computari rem ipsam, siue precium rei, hoc verum est, nisi aliud inter contrahentes conuenerit. Quod si conuenerit inter contrahentes, vt si conuentum fuerit vt triplum aut quadruplum præstaretur, hanc conuentionem seruari oportet *d. l. si dictum* 56.

Non aduersatur etiam *l. Idque & Iulianum cogitasse.* 45. *ff. de act.* In qua hæc proponitur facti species. Titius vendidit Sempronio alienam aream. Sempronius in ea area ædificauit & magnos sumptus fecit, dominus postea areæ, aream illam euicit: Quæritur vtrum dominus areæ sumptus, quos Sempronius ædificando in area illa fecit, Sempronio refundere teneatur, an vero Titius illorum etiam sumptuum nomine conueniri à Semptonio possit, quasi Sempronii intersit sumptus in aream factos refundi? ICtus ibi hoc modo distinguit: Aut Titius ignorauit aream esse alienã: aut vero Titius sciuit aream esse alienam & nihilominus aream Sempronio vendidit. Priori casu Titius non potest conueniri à Sempronio illorum sumptuum nomine, quos Sempronius in area fecit: Sempronius enim dominum areæ, aream petentem, nisi impensam ædificiorum soluat, doli mali exceptione submouere potest, ac propterea ea res ad periculum venditionis non pertinet. *d. l. Idque & Iulianum. ff. de act. empt.* §. *illud certe. l. de act.* Posteriori casu Sempronius aduersus Titium habet regressum actione ex empto, & Titius, qui sciens alienam aream vendidit omnimodo tenetur. His postremis verbis *omnimodo tenetur,* ICtus significat venditorem Titium actione ex empto teneri non ad hoc solum vt precium Sempronio emptori, cui area vendita euicta est, restituat, sed etiam vt cum precio restituat omnes sumptus quos Sempronius ædificando in area illa fecit. At sumptus illi multo excedere possunt duplum. Igitur dicendum videtur, id quod interest posse duplum excedere.

Sed ad hunc textum respondetur varie à Doctorib. Quidam enim aiunt verbum *omnimodo*, quo ICtus vtitur, ita coarctari debere vt venditor quidem omnimodo teneatur, sed tamen non supra duplum: Dixerat enim idem Paulus *in l. præcedente*, venditorem non tantum in precium teneri, sed id omne, quod emptoris interest *l. Titius* §. *final. ff. de act.*

empt. Et Africanus *in l.* sequenti particulam vniuersalem *omnem*, quæ alias sua natura nihil excludit, restringi ad duplum debet.

Cæterum hanc solutionem reiicit Bartolus & proxime præcedentem legem, qua dicitur quod venditor vltra duplum periculum euictionis non subeat, corrigi per particulam *omnimodo*, ait Andreas Alciatus *in d. l. vnic. Cod. de sent. quæ pro eo quod interest.* verbum *omnimodo* dicit ad obligationis substantiam referendum esse, vt teneatur quidem venditor *omnimodo* hoc est in omne id, quod emptoris interest, sed tamen non condemnetur vltra duplum.

Fulgosius statuit distinguendum esse inter venditorem scientem rem, quam vendidit esse alienam & ignorantem: Vt posteriori casu in duplum; priori vltra duplum in immensam quantitatem venditor teneatur.

Hæc autem interpretatio verissima esse videtur; hoc enim sentire ICtum quod scilicet venditor sciens & per fraudem rem alienam vendens omnimodo teneatur, hoc est vltra duplum, in immensum. Cuiac. *in tractat. ad African. 8. ad l. Cum & forte ff. de act. empt.*

Insuper nihil resistit *l. 2. §. vlt. ff. de eo quod cert. loco.* vbi Vlpianus docet, quod id, quod interest legitimum vsurarum modum excedere possit: verb. caus. Dedi alicui traiecticiam pecuniam, ea lege, vt eam Ephesi reciperem, vbi sub pœna debebam pecuniam vel sub pignoribus. Debitor pecuniam Ephesi non restituit, sed moram fecit in reddenda pecunia. Hinc factum est quod pignora sint distracta, vel quod pœna est commissa. Quæritur vtrum in actionem arbitrariam de eo quod certo loco veniat etiam id quod mea interfuit, pecuniam mihi solutam fuisse. Vlpianus respondet: Id quod mea interfuit in hanc actionem venire & quidem vltra legitimum vsurarum modum. Hisce verbis *vltra legitimum* vsurarum modum significari videtur, id quod interest, modum vsuris præscriptum egredi posse. Vsuris autem hic modus & præscriptus quod supra duplum non debentur. Hunc ergo modum id quod interest excedere potest. Cui consequens est quod id quod interest duplum etiam excedere possit.

Respondetur enim ad hunc textum: Quod interesse duplum excedere non potest, id, prout & supra ostensum est, ad exemplum vsurarum receptum esse: Vsuras autem interdum etiam duplum excedere; Veluti vsuræ traiecticiæ pecuniæ vltra duplum debētur *tot. tit. de nautico fœnore*: Cui conueniens est quod interesse quoque duplum excedere possit. At de interesse pecuniæ nauticæ loqui *d. l. 2. §. fin. Digest. de eo quod certo loco.* certum est & satis ex verbis eius relu. e .

Non repugnat præterea *l. si fundus. 33. Digest. locat.* in qua Africanus docet, quod fundo vendito & ante traditionem publicato venditor quidem teneatur emptori precium restituere, sed non teneatur in id quod interest. Sic enim Africanus inquit, si vendideris mihi fundum, isque priusquam vacuus traderetur, publicatus fuerit, teneris ex empto quod hactenus verum erit, vt precium restituas, non etiam vt id præstes, si quid pluris mea intersit, eum vacuum mihi tradi. Vnde apparet quod eius quod interest ratio nulla habeatur.

Sed ad hoc respondetur, non semper quidem haberi rationem eius quod interest id, quod etiam definitio eius quod interest satis arguit, dum ostendit quod duabus saltem ex causis ratio habeatur eius quod interest; si aduersarius damnum nobis dederit aut lucrum interceperit: His autem causis cessantibus, cessat etiam id quod interest: Atqui

qui causæ istæ cessant & aduersarius nobis damnum non dat, quando fundus venditus ante traditionem publicatur. Publicatio quæ fit ante traditionem, similis est vi maiori, cui resisti non potest, propterea quando ante traditionem fundus publicatur, emptor agit quidem actione ex empto, vt venditor precium sibi restituat, sed non agit in id, quod interest sua, fundum sibi tradi. *d. l. si fundus. Digest. locat.* Nec his quicquam aduersatur quod perfecta venditione periculum ad emptorem pertinere dicitur *l. Id quod post emptionem 7. cum l. seq. Digest. de peric. & commod. rei vendit.* §. 3. *Inst. de empt. vend. lit.* Etenim Cuiacius. respondet, periculum perfecta emptione ad emptorem pertinere, ita scilicet vt id quod sua interest supra precium rei consequi non possit. At rem ipsi non petit quoad precium, quod soluit; precium enim solutum à venditore actione ex empto repetere eum posse. Cuiacius Sed nos hac de re fuse tractauimus.

Relinquitur itaque in casibus certis id quod interest non excedere id quod interest dupli quantitatem, inque duplo isto rem ipsam vel eius æstimationem contineri.

Quæst. 35. *An constitutio d. l. vnic. Cod. de sent. quæ pro eo quod interest. sit noua, an vero sit otiosa?* Sed hoc porro in quæstionem & controuersiam reuocatur vtrum hoc, quod de dupli taxatione dictum est nouiter Iustiniani constitutione demum sit introductum, an vero & ante iure pandectarum idem sancitum fuerit. Etenim Forcat. *in dialog. 41.* statuit & ante Iustinianum legibus Pandectarum id quod interest in casibus certis ad duplum fuisse restrictum; adeoque nihil noui hac Iustiniani constitutione introductum fuisse; & consequenter illam plane esse otiosam & superfluam.

Ad hoc vero paradoxum obtinendum sequentibus vtitur fundamentis.

1. In *l. In fundo 38. Digest. de Rei vindicat.* satis aperte ostendit Celsus quod id quod interest non possit dupli quantitatem superare.

2. In *l. 44. Digest. de act. empt.* innuit Africanus ad duplum præcise restringi debere interesse his verbis: Cum & forte idem mediocrium facultatum sit, & non vltra duplum periculum eum subire oporteat.

Sed recte Oestenius ostendit in hisce locis taxationem eius quod interest, minime haberi. Nam *in d. l. In fundo. 36.* ICtum Celsum nihil agere de modo & quantitate eius quod interest ait, sed solum ostendere quatenus & quomodo possessor impensas in rem euictam factas recuperet à domino.

In *l. 44.* dicit agi solummodo de periculo euictionis; Et hoc venditorem vltra duplum non subire oportere ibidem ostendi, ac quod excedit duplum nimium esse, quia moris fuerit ex ea causa duplum tantum cauere: Iustinianum vero *in d. l. vnic.* generaliter definiuisse; in casibus, in quibus agitur de re certa vel summa certa, veluti in venditionibus & locationibus & omnibus contractibus negotiisue, id quod interest dupli quantitatem non excedere. Deinde ICtum Africanum non loqui generaliter de omni sumptu vel damno, sed de sumptu verisimiliter non præuiso à contrahentibus, seu præter opinionem superueniente, idque ex facto voluntario emptoris & in re empta: Vt & ideo emptoris factum vltra duplum venditorem onerare non debeat. Denique cum maximæ fuerint veterum de eo, quod interest dubitationes & in primis quid in eo quod interest sit computandum, & quantum præstandum, eas *in d. l. vnic.* tollere decreuit Imperator sanciens; non modo damnum, sed etiam lucrum in eo computandum esse, ac id quod interest in casibus certis dupli quantitatem excedere

non

non debere: In certis vero quod reuera inducitur damnum, præstandum esse *d. l.vnic.Cod.de sent.quæ pro eo quod interest.*

Lit. G. Quæ.36. *Quodnam sit illud simplum, cuius respectu id quod interest dicitur duplum?*

Cum igitur cōstet quod id quod interest ad duplum ascendere, illud vero egredi & excedere minime queat, quæritur porro quale sit istud duplum, seu quodnam sit illud simplum cuius duplum interesse dicitur? Etenim hac ipsa de re mirum in modum disceptant Interpp.nostri.

Sunt enim quidam qui statuunt simplum illud esse id quod interest conuentum, atque ita statuunt, quando de taxādo & definiendo interesse agitur, interesse inspici debere quod in casum non seruatæ fidei præstari contrahentib. placuit; hoc interesse inquiunt duplabitur. Quam sententiam defendit antiquus Glossator Placentinus.

Sed hæc sententia à Bartolo, Accursio & Andrea Alciato, nec non Iohanne Oestenio *in d.l.vnic.* reiecta & reprehensa fuit: Nec immerito.

1. Quia plerumque accidit vt contrahentes in casum non præstitæ fidei siue moræ factæ de eo quod interest sibi non prospiciant.

2. Deinde quia absurdum foret alterum ex contrahentibus id quod sua interest post moram factam petere non posse, si in contractu eius quod interest nulla esset facta mentio.

3. Quia absurdum foret constitutionem *d.l.vnic.Cod. de sentent.* quæ pro eo quod interest, ad interesse conuentum coarctare, cum generaliter & indistincte loquatur, nec minimum in ea argumentum seu iudicium occurrat, vnde colligi possit quod ea constitutio de solo interesse conuento loquitur.

4. Quia regula est quod prouisio hominis faciat cessare prouisionem legis *l.fin.Cod.de pact.conuent.* Sichard. *in l. 5.num.12.Cod.de locat.conduct.* vnde sequitur contrahentes ad æstimationem eius quod interest *in d. l.vnic. Cod. de sentent.* quæ pro eo propositam peruenire non posse, si inter eos de eo quod interest conuenerit.

Sunt deinceps qui statuunt simplum istud esse interesse commune hoc est rei communem valorem, & mora facta aiunt communem rei valorem duplari debere. Ita Accurs. post Bulgarum *in l. 2. §.fin.ff.de eo quod cert.loc.*

Sed hæc quoque sententia parum commoda esse videtur propterea quod non semper communem rei valorem scire possimus vt Bartol. & alii fatentur, & frustra ad communem rei valorem recurratur, cum contrahentes quanti res valeat aut valere debeat construeruunt.

Quocirca, reiectis hisce opinionibus, existimo sic omnino statuendum esse: Simplum esse rem ipsam principaliter debitam, seu pretium rerum ipsius rei de qua agitur, verb.gratia: Domus vendita est pro 100. floren. Emptor precium venditori numerauit; Venditor tamen emptori domum non tradit: Hoc casu emptor agit actione ex empto in id quod sua interest *l.1. ff.de action.empt.* Ac simplum est domus ipsa siue precium eius: proinde id quod interest erant 200. floren.

Equidem Iohannes Oestenius *d. tract. de eo quod interest.c.5.*ait, adhibendam hic distinctionem quandam: In emptione enim & venditione inquit precium ipsum dici in effectu simplum *l.Quintius. 40.cum l.seq.ff.de act empt.l.si in venditione 60.ff.de euict.* seu propius ac pressius loquendo ipsam rem venditam certo precio definitam esse verum simplum emptori, cuius æstimationem id quod interest duplo non excedat: Venditori vero, qui rem tradidit, precium vero non recepit, non esse simplum rem ab ipso venditam & traditam sed precium quod ipsi debetur & in quo sit mora: Ideoque huic

huic vsuras communiter, illi id quod interest deberi.

Ecquidnam vero dicendum si res non sit vẽdita vero precio, sed aut minoris aut pluris? Et hoc casu precium seu rem venditam simplum esse statuunt Molin. Donel. & Oesten. dd. locis pro qua assertione hoc adducunt argumentum quod in re euicta cum de euictione agitur dupli taxatio non ad id quod res valet, sed ad precium, quo res abaliena ta est referri debeat *l. Titius 43. versic. de sumptibus. & ll. sequent. ff. de act. empt. l. si fundo pr. l. si in venditione 60. ff. de euict. l. super empti 16. Cod. eod. tit.* Quibus in locis asseritur, agi non ad rem venditam, sed ad precium retinendum & id quod interest. *Et in d. l. Cum forte. 44. ff. de act. empt.* additur, non vltra duplum periculum subire venditorem oportere. Duplum autem proculdubio intelligi precij conuenti: Nam explorati iuris est quod non agatur ad rem euictam, nec precium quo res communiter valuit, sed ad id, quod res distracta est: Duplum igitur cum sit alicuius simpli ad precium conuentum solutumque refertur. Et id quoque sensus communis ostendit.

Non obstat *l. Cum successores. 23. C. d. de euict.* Nam dum illic Diocl. & Maxim. aiunt venditorem quanti sua interest rem euictam non esse, teneri, non quantum pretij nomine dedisti &c: non excludunt precium conuentum, quasi ad id agi non posset: sed innuunt ad id tantum non agi, sed etiam ad id quod interest *l. Euicta. 70. ff. de euict.* Verba siquidem, *quanti ea res est*, large hic sumpta, etiam precium de quo conuenerat, comprehendunt: Non Obstante *l. quod si nulla 8. ff. de heredit. vel act. vendit.* Nam quod Iuris Consultus Iauolenus asserit, si nulla hereditas ad venditorem pertinuit, sit tamen aliqua, ipsam æstimandam, & ita nõ precium conuentum, sed quanti ea hereditas sit, attendi: Hoc ad finem augendæ nõ etiam restringendæ actionis pertinet. Nam si hereditas maioris æstimetur, quam est vendita, exigitur quod superualet pretio, si pretium solutum non sit, si solutum sit, maior æstimatio exigitur. Si vero res minoris æstimetur, quam empta sit, nihilominus pretium solutum repetit emptor & siquid præterea iuste intersit, consequitur, & ita in odium venditoris, hereditatem ad se non pertinentem vendentis, hæc actio augeri videtur.

Sic & falsum existimo quod nonnulli affirmant, si facta sit læsio vltra dimidium iusti precij, non pretium conuentum, veluti erroneum, sed communem rei æstimationem simplum esse, eamque duplandam. Etenim si hoc admitteretur melior is conditionis foret decipiens, quam deceptus. Pone me fundum valentem mille à te emisse 400. eumque postea euictum esse; Et quia fundum euictum nõ esse vltra mille mea interest, consequor nõ solum precium solutum, 400. scilicet, sed etiam id quod interest; Cumque res communiter mille valet, secundum sententiam Ignæi, in æstimatione eius quod interest hoc saltem attendendum, ne id quod interest communem æstimationem, id est mille duplo excedat. Atque sic contra mentem *d. l. vnic.* nõ modo duplum sed pene quadruplũ consequerer. primo enim peterẽ 400 quæ solui, deinde id quod interest vsque ad mille; Ex aduerso autem si fundum valentem 400. pro mille abs te emissẽ, non possem eius quod interest nomine vltra 400. petere; quia fundus tanti reuera est, & ita lõge infra dimidiũ pretij soluti acciperẽ ac melioris essem conditionis decipiẽs, quam deceptus, quod est contra mentẽ legis & rationem humanã: Deinde venditor propriam turpitudinem allegaret, si euicto fundo obiice-

rer, rem longe minoris esse, quam ven dita sit, ideoq; simplum precii veri, non conuenti, duplandum. Idem esset si emptor culpam aut læsionem allegaret, rem longe maioris, quam vendita sit, & secundum æstimationem veram id quod interest taxandum esse asserens. Quapropter relinquitur in emptione precium conuentum esse verum simplum, etiamsi erroneum ac vltra dimidium rei vel pretii læsio sit facta.

Illud hic silentio prætereundum non est quod precium siue æstimatio quam simplum esse hactenus diximus in permutatione & reliquis contractibus referri debeat ad tempus contractus, si scilicet ipsarum partium seu contrahentium æstimatio cessarit *argum. l. Titia 62. Digest. de iure dot.* Nam si res à contrahentibus certo precio definita est, pretium conuentum simplum erit *argum. d. l. Titia.* æstimatio siquidem est loco precii & venditionem inducit *argum. plerumque.* 10. *l. quoties.* 16. *Digest. de iure dot. l. quoties. Cod. eod. tit* Æstimatio autem quæ erat tempore contractus ita respicienda est vt non referat quod res postea pluris aut minoris esse cœpit: Cum in contractibus non attendatur mutatio sequens argum. *l. Rutilia. 69. Digest. de contrahend. empt.* Sic in legatis puris valor qui tempore mortis testatoris fuit, attenditur, quod tunc legatorum & fideicommissorum dies cedit *l. 1. §. Nouissimo. Cod. de Caduc. tollend.* & ante nihil debeatur *l. qui duos. §. sed multo. Digest. de manum. testam. in verb. inutilis est, cum voluntas hominis sit ambulatoria ad extremum vitæ spiritum. l. quod si 4. Digest. de adim. legat.* In legatis vero in diem non mortis, sed diei venientis valorem inspici verisimilius esse videtur. Etsi enim statim tempore mortis eorum dies cedat *l. si post. 3. §. 1. quando dies legator. cedat. l. 14. Digest. de Reg. Iur.* Nondum tamen peti possunt *l. cedere 213. in pr. Digest. de verbor. significat. d. l. si post. quando dies legator. cedat.* Ideoque cum nondum efficaciter debeantur nec ante æstimatio inspici potest, quam dies venerit. Eius enim temporis fit æstimatio, cum peti potest *l. 59. & sequent. ff. de verbor. obligat.* Ex his quoque sequitur quod in legatis cōditionalibus, conditionis extantis valor attendi debeat. Exinde enim eorum dies cedit & venit. *d. l. si post. §. sed si sub conditione. ff. quand. dies legat. ced. d. l. cedere Digest. de verb. significat.*

Nec huic resistit *l. si filiusfam. 78. ff. de verbor. obligat. l. qua legata. 14. ff. de Reg. Iur.* Nam licet in hisce & similib. locis affirmetur inter stipulationes & legata conditionalia esse differentiam, tamen hoc verum saltem est quoad acquisitionem: Quod hæc, nisi dies cesserit, ad heredes non transferantur: illæ etiam transeant, licet conditio non extiterit: Et hæc patri acquirantur, etiamsi conditio existat post emancipationem filii, legata conditionalia non item. In stipulationibus enim id tempus spectatur, quo contrahimus: in legatis tempus quo conditio existit. Verum quoad æstimationem & valorem rei nihil hac in parte interest: Neutro enim casu prius ea fieri potest, quam res efficaciter debeatur *arg. l. Cum quis. 22. ff. de obligat. & act. l. quantitate 73. ff. ad l. Falcid. §. quantitas. Inst. eod.*

Ex hisce iam satis abundeque patere arbitror quænam sit eius quod interest taxatio, quid duplo eo contineatur, quod id quod interest excedere posse negatur: quodnam item sit illud simplum, cuius respectu id, quod interest duplum appellatur. Quocirca primam partem *d. l. vnic. Cod. de sent. quæ pro eo quod interest.* in qua de casibus certis pertractatur expediuisse videmur.

Restat proinde vt etiam de interesse in casibus incertis præstando nonnihil subii-

subiiciamus. De illis vero ita Iustinianus in ista *l. vnic.* scribit: *In aliis autem casibus, qui incerti esse videntur, iudices, qui causas dirimendas suscipiunt, per suam subtilitatem hoc requirere, vt hoc quod reuera inducitur damnum, hoc reddatur & non ex quibusdam machinationibus & immodicis peruersionibus in circuitus inextricabiles redigatur: Ne dum in infinitum computatio reducitur, pro sua impossibilitate cadat: Censuimus esse natura congruum eas tantummodo pœnas exigi, qua vel cum competenti moderamine proferuntur, vel à legibus certo fine conclusa statuuntur.*

Quinam incerti sint casus ex illis satis intelligitur quæ de capibus certis supra sunt dicta: Si enim casus illi dicuntur certi, prout hoc supra asseruimus, quæ certam quantitatem, siue pecuniæ summam, aut certam speciem cōtinent, sequetur casus illos dici incertos in quibus aut incerta quantitas, aut vt quid fiat obligatione continetur; Quod facta incertæ sint naturæ patet ex §. *final. Inst. de verbor. obligat.* Nam ibi Iustinianus hoc *Imper.* modo scribit: *Non solum res in stipulatum deduci possunt, sed etiam facta; vt si stipulemur aliquid fieri, vel non fieri & in huiusmodi stipulationibus optimum erit pœnam subiicere, ne quantitas stipulationis in incerto sit ac necesse sit actori probare quod eius interfit. Itaque si quis vt fiat aliquid stipuletur, ita adiici pœna debet: Si ita factum non erit, tum pœna nomine decem aureos dare spondes?*

Et sane ratio huius etiam est plus quam euidentissima. Constat enim quod ex faciendi obligationibus aliquis solum ad interesse conueniri possit, ita vt tali obligatione reuera ac proprie & accurate loquendo, non tam factum, quam interesse contineatur *l. 72. l. 84. l. 81. l. 112. §. 1. ff. de verbor. obliga. t. l. 13. ff. de Re iudicat.* Interesse autem incertum est, tum eius æstimatio ex eo quod actori abest, quodque ei non accessit, pendet; Et fieri potest vt in eodem facto alias plus, alias minus, interdum vt nihil: Vnde etiam id quod interest in facto consistere dicitur *l. quatenus. ff. de Reg. Iur.* scilicet quia cum res incerta sit, ex facti circumstantiis pendens, nulla certa definitione comprehendi possit.

2. Accedit quod in solis illis obligationibus, taxatio ista dupli quæ fit *in d. l. vnic.* locum habere possit, in quibus alia quæpiam res, quam id quod interest continetur, quia aliquid necessum est vt adsit, quod ab eo, quod interest excedatur; quoniam fieri non potest vt idem sit quod excedit & quod exceditur: Quocirca si ex faciendi stipulationib. ac contractibus ab initio statim debetur id quod interest, prout paulo supra ostensum fuit, sequitur exinde quod illud interesse sine vlla taxatione exigi possit, quantumcunque etiam fuerit.

Quocirca casus incertos referri debent omnes contractus & quasi contractus, quibus vt aliquid fiat comprehensum est. Et tales sunt præter faciendi stipulationes; Mandatum, tutela negotiorum gestio *l. si quis ab aliena. Digest. de re iudicat. l. quoties. ff de verbor. obligat. l. si procurator. §. mandati. Digest. mandat. l. 1. Digest. tutel. & rat. distrahend. l. 2. Digest. de Negot. gest.*

Nec obstat cōstitutio *d. l. vnic.* In qua Iustinianus, proposita certorum casuum definitione, exempla adiiciens, ei definitioni contractus omnes subiicere videtur his verbis: *Sancimus*, inquit, *in omnibus casibus, qui certam habent quantitatem vel naturam, veluti in venditionibus, in locationibus & omnib. contractibus, hoc quod interest, dupli quantitatem non excedere*: Videtur proinde Iustinianus velle omnes contractus eiusmodi esse casus qui cer-

tam habeant quantitatem vel naturam.

Veruntamen respondet Donell, illum textum nō sic accipiendum esse, verum ita vt in his exempla posita sint eorum negotiorum, non quæ ipsa absolute & per omnia casus ii sint, qui certam naturam & quantitatem habeant, sed in quibus illi casus existant & intelligantur: In his enim generibus existunt quidem hi casus, sed non per omnia talis est venditio, non per omnia talis est locatio &c.

Ad casus porro incertos refert quoq; Donellus Maleficia, illa scilicet, ex quibus non certæ pœnæ persecutio, sed in id quanti ea res est, de qua agitur, actio constituta est, quod fit *in L. Aquilia de damno iniuria dato*, in interdicto vnde vi, iis rebus amissis, quæ in fundo fuerunt, vnde vi deiecti sumus, in furto *l. Ait. Digest. ad L. Aquil. l. 1 §. Non solum. Digest. vnde vi. l. qui vas. l. inficiando. §. 1, Digest. de furt.*

Nec obstat quod in maleficiis res certa interdum in obligatione versari videtur; quæ præstanda sit ex maleficio, cuius certa sit natura ac proinde æstimatio, vt in damno iniuria dato, si vas ruptum sit, in furto, si idem furto sublatum sit: In rapina, si idem ereptum sit: In quibus vasis damnum in obligationem venire videtur; ideoque si quid nostra intersit vas ruptum aut surreptum non esse, id non vltra duplum præstari oportet.

Sed & huic obiectioni satisfacit Donellus, cum quid ruptum, inquiens, aut surreptum est huius rei æstimationem in obligationem non deduci, sed venire quanti ea res est, id est quanti interest damnum datum aut quod aliud maleficium admissum non esse *l. Ait lex. Digest. ad L. Aquil. l. 1. §. Non solum Digest. vnde vi. l. qui vas & l. inficiando. §. 1. ff. de furt.* Cui consequens est, quod, cum id quod interest totum petatur, non duplum aut triplum eius quod in obligationem venit, petatur.

Et hoc non obscure porro confirmant *l. proinde si seruum, 22. l. inde. ff. ad L. Aquil.* vbi Paulus & Vlpianus sic agi posse ex lege Aquilia dicunt vt in eo vtilitates omnes interuersas æstimari velint: pœnam, si forte eum sub pœna tradendum promisi. Causas corpori cohærentes, si vnus ex Comœdis aut symphoniacis fuerit: Hereditatem, si fuit heres institutus; item quanti est, quod cum magnas fraudes seruus in meis rationibus commisisset, de eo quæstionem habere nō potuerim vt fraudum participes eruerentur: Quæ sane omnia serui æstimationem multis modis excedere possunt.

Quin & in interdicto vnde vi Vlpianus sic definit: Omnia quæcunq; habiturus vel assecuturus erat is, qui deiectus est, si vi deiectus non esset, restitui actori, aut eorum litem à iudice æstimari debere *d. l. 1. §. non solum. ff. vnde vi.* Quæ sententia sane est æquissima; contraria vero iniqua & Reipubl. admodum perniciosa, vt qua hoc efficiatur vt & impune quis iniuriam patiatur vbi totum, quod sibi abest, alieno maleficio, consequi non potest, & maleficia, contra Reipublicæ vtilitatem, ne coerceantur.

Cæterum in hisce casibus incertis hoc est constitutum, vt interesse totum, quantumcunque etiam sit, licet immensum sit reiq; precium multis modis excedat, absq; vlla taxatione & restrictione præstetur: Ratio ex prædictis facile colligi potest: Nam duplum computatur ad rationem simpli: In casibus autem incertis non potest simplum consistere, cum casus incerti neque certam quantitatem siue summam, neque etiam certam naturam, siue certum corpus habeant: Vnde necessario sequitur, iudicem in casibus id quod interest ad simpli rationem moderari & definire non posse, nec id quod interest.

intereſt in caſibus incertis dici poſſe duplum excedere vel non excedere debere.

Veruntamen Iuſtinianus *in d. l. vnic.* iudici duo præſcribit præcepta, quæ ob oculos habere debet, quando in caſibus incertis, qui certam quantitatem non habent nec certam naturam id quod intereſt taxari ac definiri vult. primo præcipit vt iudex, qui cauſas dirimendas ſuſcipit in caſibus incertis, per ſuam ſubtilitatem requirat vt hoc quod reuera inducitur damnum, reddatur: Hiſce verbis Iuſtinianus iudici ſignificat vt in id tantum, quod in veritate intereſt, reum condemnet actori. Deinde Iuſtinianus iudici præcipit vt diligenter attendat, ne id quod intereſt ex quibuſdam machinationibus & immodicis perſuaſionibus in circutius inextricabiles redigatur: Quibus verbis Iuſtinianus iudici mandat ne vanis partium allegationibus, quibus ſua intereſſe adfingunt animum attendat: Et ſubiungit Iuſtinianus elegantem rationem his verbis: Naturæ enim congruum eſt eas tantummodo pœnas exigi quæ vel cum competenti moderamine proferuntur, vel à legibus certo fine concluſæ ſtatuuntur. pœnas vocat Iuſtinianus id quod intereſt: Nam & ICti frequenter id quod intereſt pœnam appellant. Sententia igitur Iuſtiniani Imperatoris hæc eſt: Ideo iudex in caſibus incertis id quod intereſt non debet taxare ſupra id quod reuera intereſt, nec vanis partium allegationibus quibus ſua intereſſe contendunt, & intereſſe maxime exaggerant, aures præbere, quia naturæ ſiue naturali æquitati congruum eſt vt ſententiæ, quę pro eo quod intereſt proferuntur, proferantur cum modo æquo & pari, ne forte pœna maior ſit quam culpa, & quam humanitas & æquitas patiuntur Cuiac. *in paratitl. Codic. de ſentent. quæ pro eo quod intereſt profer.*

De eo etiam quæritur, ſitne caſus incertus quando de dolo in emptione venditione præſtando agitur, vt ſi venditor in ſe receperit, nihil ſe dolo malo facturum? Et quidem venditor non ſolum expreſſe, ſed tacite quoque idipſum in ſe recipere dicitur: Nam iudicio empti naturaliter hoc continetur *l. ea quæ. 43. §. final. ff. de contrahend. empt. l. tenetur. 6. §. penult. & vlt. ff. de action. empt.* Verbi gratia ſi venditor pecus morboſum aut tignum vitioſum ſciens vendiderit & emptorem deceperit, omnia detrimenta, quæ ex ea emptione emptor traxit, licet ſimplum excedant, ei præſtabit. Siue ergo ædes vitio tigni corruerunt, ædium æſtimationem, ſiue pecora contagione morboſi pecoris perierunt, quod interfuit idonee veniſſe, erit præſtandum *l. Iulianus 13. pr. ff. de act. empt.* Item qui furem vendidit aut fugitiuum ſiquidem ſciens, præſtare debebit, quanti emptoris interfuit non decipi. *d. l. Iulianus. 13. §. item qui furem.*

Idem euincit *l. tenetur. 6. §. ſi vas. ff. de act. empt.* In hiſce caſibus, licet res certæ puta pecus, tignum ſeruus certo precio venierint, non tamen eſt caſus intereſſe certus, cum præter rem, quæ tradi debet, aliud obiectum ſpecificum habeat rationi doli mali. Nec enim quanti ſit dolum adhibitum non eſſe à principio ſtatuitur, neque æſtimari poteſt, cum ex euentu incerto pendeat: Totum igitur quod euenerit præſtandum eſt, vt incertum: Nec nocet quod ad damni efficiendi differentiam nihil valeant ſcientia & ignorantia: Seu non minus ignorans venditor damnum det, quam ſciens. Nam pœna ſeu mulcta ob dolum culpamue infligitur, & id quod intereſt pœna eſt: Ignorantia autem culpæ plerumque expers eſt: plerumque dico propter eos qui artem ac certam induſtriam profitentur. Nam & hi etiam tenentur licet vitium ignorarint.

Sed quid dicendum si quis rem alienam vendiderit, idque retinuerit venditor? (prius quippe tum procedere facile conceditur quando res vitiosa est vendita) Et sunt qui hoc casu venditorem vltra duplum non esse condemnandum statuant. Et ita Andreas Alciat. *in d.l. vnic.C. de sent. quæ pro eo quod interest.* Fr. Hotomannus *in tractat. de eo quod interest.*

Verum huic sententiæ aperte refragantur leges quibus asseritur venditorem rei alienæ omnino obligari ad id quod interest, si sciens rem alienam vendiderit, vt *in l. Titius. 43 in fine. cum duab. ll. sequent. ff. de empt.* Nam ibi agitur de sumptibus ab emptore factis, cui res euincitur, ac *in l. cum forte 44.* ICtus Africanus eos vltra duplum non præstandos esse asserit. *& in l. sequent. 45.* attexitur reliqua Pauli disputatio & in fine principii definitio adiicitur. In omnibus hisce casibus, si sciens quis alienum vendiderit venditorem omnino teneri, *omnino*, id est in omne id quod interest, nec vllus casus, de quo ante actum erat, excipitur. Deinde nihil interest quomodo deceptus in fraudem inciderim, vtrum quod rem vitiosam mihi vendiderit & vitium reticuerit, an quod alienam & id sciens me celauerit. Quod igitur juris in venditione rei vitiosæ valet, idem plane in venditione rei alienæ statuendum est.

Nec huic obstat quod *in l. Titius in fine. de act. empt.* Paulus subiicit, sumptus, si magni sunt, præstandos non esse: Nam si in tantum seruus preciosior factus sit vt sumptus propter inopiam & angustias rei familiaris venditor præstare non possit, vt si factus sit agitator vel pantominus, non esse æquum venditorem obligari in magna quantitate *dict. l. Titius. & l. cum & forte. 44. Digest. de act. empt.* vbi Africanus inquit: Cum & idem forte mediocrium sit facultatum, quasi dicat, non est æquum mediocrem hominem dominari in quantitatem immensam, Et accedit mediocritas quæ vicinia paupertati magis est. Deinde quia periculum euictionis vltra duplum venditorem subire non oportet *d. l. cum forte.* Si videlicet seruum alienum vel eum, qui in causa libertatis erat, venditor ignorans, quod multis modis contingere potest vendiderit. Si vero venditor non ignorabat causam fideicommissariæ libertatis, aut seruum alienum esse, omnimodo tenetur in id, quo seruus melior est effectus sumptibus emptoris. *Lidque Iulianus 45. circa fin. princ. de action. empt.* hoc est in omnes sumptus melior effectus est, & in omne quod interest, ac licet emptor retentione aduersus dominum vti potuerit. Et hoc ipso corruit etiam quod obiicitur heredem præsumi scire dispositionem testatoris.

Sed huic obiici posset quod in primo responso, seu parte prima *d. l. vnic.* hic præsens casus de dolo exceptus non sit.

Nam ex mente & sententia Imperatoris in ista vt & in aliis omnibus legibus, quæ ad aliquem subleuandum pertinent hæc exceptio perpetuo inesse videtur 1 *præter quam si qua in re dolo eius, quem lex adiutum esse voluit, deceptus fraudatusque sim.* Sic enim SC. Vellejano & generaliter comprehensum est ne pro vllo fœmina intercederet *l. 1. de SC. Vellejano.* Verum hoc sc. à IC. & Imperatoribus ita accentum est, si modo illæ non sint callide versatæ *l. 2. §. sed ita demum. ad SC. Vellejan.* vbi ICtus Vlpianus asserit ita D. pium rescripsisse: *Infirmitas enim fœminarum non calliditas auxilium meruit. d. §. sed ita demum.*

Accedit quod alias *d. l. vnic.* inuitaret ad delinquendum spe minoris pœnæ quod est contra bonos mores: Cum tamen non ad id indulgendum, sed potius ad

ad obuiandum hominum malitiis facta sit, *l. in fundo. 28. ff. de Rei vindicat.* Et per dolum quis legum beneficio indignus reddatur, *l. auxilium. 37. ff. de minorib. l. verum. 63. §. hoc quisque. ff. pro socio l. sed hoc ita 22. §. fin. ff. de re iudic.* Cæterum illud addendum est, quod dicitur ob dolum etiam in omittendo consistentem cessare taxationem dupli *d. l. vnic.* id non ita accipiendum est, quasi in dolo sit statim debitor, si creditum, ad quod scit se obligatum, suo loco & tempore negligit præstare; sed tunc demum, si id malitiose & callide ad alium defraudandū factum sit; per dolum siquidem hic intelligitur destinata malitia, calliditas, fallacia machinatio ad circumueniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibita, iuxta definitionem Labeonis *in l. 1. §. dolum. ff. de dolo malo.*

Quæ. 37. *Quo iure veniat id quod interest, Iure actionis, an officio iudicis?*

Addenda hoc loco quæstio est diligenti consideratione digna, quonam iure veniat id quod interest, iure ne actionis an officio iudicis? Ego, quicquid etiam contra dicat noster Treutlerus distinguendum omnino censeo inter obligationes dandi & faciendi. Etenim quod in obligationibus dandi iure actionis præstandū veniat interesse, hac euidentissima ratione demonstratur. Illud iure actionis venit ꝙ è contrahentibus in contractum deductum est, ac obligatione continetur. *arg. §. 1. I. de act.* vbi actio definitur Ius persequēdi in iudicio quod sibi debetur. Atqui in faciendi obligationibus id quod interest in contractum ab initio censetur deductum & obligatione continetur. Sic enim in faciendi stipulationem venire id quod interest dicitur *in l. 112. §. 1. ff. de verbor. obligat.* vbi Pomponius: *Si quis* inquit, *ita stipulatus fuerit, pro centū aureis satisdabis? & reum dederit in istam summam: Proculus ait semper in satisdationis stipulatione venire id quod interesset stipulantis.* Item clarius adhuc asseritur *in l. si pœnam. 68. ff. de verbor. obligat.* quo in loco Paulus ait, *Si pœnam stipulatus fuero, si mihi pecuniam non credidisses, certa est & vtilis stipulatio. Quod si ita stipulatus fuero, pecuniam mihi creditum spondes? incerta est stipulatio, quia id venit in stipulationē ꝙ mea interest, testatur aperte* Vlpianus *in l. 81. ff. de verb. obligat. Quotiens quis alium sisti promittit, nec adiicit pœnam (puta vel seruum suum vel hominem liberum) quæritur an committatur stipulatio? Et Celsus ait, hic si non est additum huic stipulationi, nisi steterit, pœnam dari, in id quanti interest sisti, obtineri.*

Postremo quod in obligationibus faciendi contineatur id quod interest euidenter etiam probat textus *in l. stipulationum. 62. ff. de verbor. obligat.* vbi idem Vlpianus ait: *Celsus tamen libro trigesimo octauo refert, Tuberonem existimasse, vbi quid fieri stipulemur, si non fuerit factum, pecuniam dari oportere.*

Nec obstat quod factum sit promissum & in obligationem deductum: Nam etsi verbis factum sit promissum, re tamen ipsa & sententia contrahentium pecunia promissa intelligitur, quoniam factum non solum continet actum, sed etiam, & quidem maxime, si intentionem contrahentium spectes, effectum illius actus qui est vtilitas, siue id quod interest. §. *Alteri. I. de inutil. stipulat.* Quinimo post litem contestatam interesse ita est in obligatione vt facti præstatio liberationem amplius non præstet. *l. 48 Digest. de verbor. obligat.*

De faciendi igitur obligationibus dubitandum non est quin iis interesse contineatur, ac consequenter, iure actionis illud veniat.

Diuersa ratio obligationis dandi: Ex illis enim res ipsa, in contractum deducta, debetur & peti potest. Interesse igitur quod à re principaliter debita, hisce obligationibus non contineatur & ideo nec iure actionis venit.

Cæterum illud interesse, quod non continet rem principalē, sed saltem damnum

damnum & lucrum per moram vel culpam mihi datum aut interceptum *l.6.§. officium.ff.de aqua pluv. arcend.*

RESOLVTIO THESIS *Quinta.*

Quæ.38. *An sententia contra ius lata ipso iure sit nulla?*

SEntentia porro contra ius lata nullius est momenti; quandoquidem iudex pronunciare debet ita vt legibus constitutionibus & moribus comprehensum est. *§.11.I. de offic. iudic. Authent. Iubemus.C.de iudic.Nouell.22.c.13.*

Quod autem sententia expresse contra leges lata nullius sit momenti expresse ostendit Modestinus *in l. si expressim 19. ff. de appellat. Si expressim sententia contra iuris tenorem* (Sic enim rectius, quam *rigorem* demonstrant Petr.Faber.Giphanus & Stuttzius *ad l. 90. ff. de Reg. Iur.*) *lata fuerint, valere non debet, & ideo etiam sine appellatione causa denuo induci potest.*

Sed tunc demum sententiam ipso iure esse nullam quando contra ius expressum & manifestum profertur, ibidem demonstrat Modestinus, quando hæc verba subiicit: *Non iure profertur sententia, si specialiter contra leges vel Senatus-Consultum vel constitutionem fuerit prolata.* Et quod sententia contra ius lata tunc demum ipso iure sit nulla, quando ius illud expressum est, haut obscure significat *l.2. C. quando prouoc. non est necess.* in verbis illis, *sententiam eius contra tam manifesti iuris formam datam nullas vires habere, palam est, Et ideo in hac specie nec prouocationis auxilium necessarium fuit.*

Quod si igitur ius aliquod dubium est & anceps, vt & cuius mente & sententia non ita exacte constat, sed variæ de ea extent D D.opiniones, vti nonnunquam fieri solet, tum etsi iudex contra ius istud ambiguum iudicet, contra constitutiones Imperiales propterea non dicetur iudicasse, cum de sententia Imperatoris non constet.

Sed etsi iudex expresse contra ius iudicet, si tamen putat ius istud ad rem non facere, non est sententia ipso iure nulla textus est *in l.32.ff.de Re iudicata.* vbi hoc modo scrib.t ICtus Callistratus: *Cum prolatis constitutionibus contra eas pronunciat iudex, eo quod non existimat causam de qua iudicat, per eas iuuari, non videtur contra constitutiones sententiam dedisse, ideoque ab eiusmodi sententia appellandum est, alioquin rei iudicatæ stabitur.*

Sed huic refragari videtur textus *in l. prases.27.ff. eod. tit.* vbi sententia quæ expresse contra ius est lata non est ipso iure nulla, sed valet ita vt demum per appellationem rescindenda sit.

Verum Duarenus respondet olim iudicem in statu coniecturali de facto pronunciasse; in iudiciali de iure, prout colligatur ex *l.1.ff.quæ sentent.sine appellat. rescind.* Quando igitur pronunciatur de iure & contra ius certam sententiam ipso iure esse nullam *d.l.1.ff.quant.prouoc.* At cum de facto, quamuis contra ius, sententia valet *d.l.29. & d.l.32.*

Quæ. 39. *An sententia contra communem lata ipso iure sit nulla?*

Quæritur porro vtrum sententia notorie contra communem opinionem lata ipso iure sit nulla, an vero subsistat iure, per appellationem vero rescindenda veniat? Et quod ipso iure sit nulla sequentibus rationibus confirmari videtur.

1. Quia communis Dd. opinio est pro lege & tanquam ius seruatur per text.*in l 3 ff.de offic. præsid. §.7.I. de test amb ordinand.l.3.ff.de suppellect. legat.l.4 ff.de his qui not.infam.l.12. ff. de instruct. & instrum. legat.* Iam vero contra ius expressum lata sententia ipso iure nulla est *d.l.si expressim. ff.de appellat.l. 2. C.quand.prouoc.non est necess.* Lata proinde sententia contra communem Dd. opinionem ipso iure est nulla atq; sine appellatione rescinditur.

2. Quia manifesta iniquitas æquiparatur nullitati, vt tradit *in cap. cum Bertholdus col. 2.n.4. in verb. concessimus* & ibi

Paulus

Paulus Rossellus *in addit. extr. de sentent. & re iudicat.* Abbas *in cap. si quando colum. 1. in 2. not. n. 2. extr. de offic. delegat.* Zab. *in con. 55.* Cur. *in con. 65. col. 3. n. 3. vers. faciunt, quæ notat.* Iam vero sententia est manifeste iniqua, quæ contra communem opinionem est lata.

3. Quia si vinco vincentem te, multo magis te vinco *l. de accessionibus ff. de diuers. & tempor. præscript.* Atqui sententia lata contra legem est ipso iure nulla. *d. l. si expressim. ff. de appellat.* Communis vero opinio vincit legem, habentẽ varios intellectus: Cum enim nihil sit tam clarũ in iure quod in dubium reuocari non possit, cumque tot viri illustres viderint illum textum & contra eum statuerunt, oritur ingens præsumptio vt vel textus ille non probet in terminis, vel si probet, iusta aliqua causa vel ratione recesserint ab eo.

4. Quia communis opinio in foro obseruari debet text. *in l. 1. §. eod. autem tecto, in verb.* & ait Sextus sic esse sæpe iudicatũ. *ff. ad Syllan. l. 39. §. si stichum. ff. de stat. in verb.* Sententia hæc rationem habet, sed hoc iure vtimur. §. *fin. l. qui satisd. cog.* vbi Iustinianus ait, omnia apertius à quotidiano iudiciorum vsu ipsis rerum documentis apparere. *L. Labeo 21. ff. de statulib.* ibi morem agentium sequi debemus.

Sed ab hac sententia discedentes nonnulli ICti statuunt quod sententia contra communem lata non quidem sit ipso iure nulla, sed tamen iniqua & iniusta. Et ita statuunt Vdalricus Zas. Bart. & Alexand. *& in d. l. cum prolatis ff. de re iudicata.* Vantius *in tract. de Nullit. tit. de nullit. ex defect. process. n. 20.* Cagnol. *in l. 1. n. 157. ff. si cert. pet.* Et hæc sententia defenditur sequentibus rationibus ac fundamentis.

1. Sententia nulla illa dicitur quæ est specialiter contra leges vel SCta vel principum prolata. *d. l. si expressim. ff. de appellat.* Atqui sententia contra communem opinionem lata non est huiusmodi, quia communis opinio non est specialiter lex, vel SenatusConsultum; vel constitutio principis vt per se patet & infra dilucidius & fusius demonstrabitur.

2. Quia communis opinio non facit ius clarum certum & firmum, adeo vt si contra eam sententia feratur, debeat dici contrauentum formæ ipsius iuris, cum plura possint adesse, quæ eius robur tollere valeant: Ea vero demum sententia nulla est, quæ contra manifestam, certam & claram iuris formam profertur. *l. 2. Cod. quand. prouoc. non est necess.*

3. Quia quotiens duæ sunt præsumptiones contrariæ, licet efficacior tollat præsumptionem minus efficacem *l. Diuus ff. de restitut. in integrum.* tamen non adeo elidit vt annullet præsumptionem contrariam: Nam cum præsumptio fiat in dubio, quo casu veritas potest esse contra præsumptionem, non debet in totum tollere actum contrarium, sed satis est, quod eo suspenso contrarius actus præsumptione fulcitus præferatur & seruetur: At in casu nostro sunt duæ præsumptiones contrariæ: Vna pro communi, & ista reuera efficacior, ex quo attenditur per eam communis: Altera pro iudice & sententia. Alciat. *in tractat. præsumpt. reg. 3. præsumpt. 9.*

4. Postremo hæc sententia probatur, quod communis à communiter accidentibus, habeat contradictores, adeo vt ius, varios habens intellectus. At sententia etiam contra legem habentem varios intellectus prolata non dicitur nulla *l. cum prolatis & ibi Dd. ff. de re indic.* & *in l. qui Romæ. §. duo fratres. ff. de verbor. obligat.*

Ex quibus fundamentis necessario concludendum videtur quod sententia lata contra communem sit iniusta & iniqua, non autem ipso iure nulla, & ideo per appellationem rescindi debeat.

HHHh Anton.

Anton. Maria Corasius *in tractat. de Commun. opin lib. 3. tit. 12. num. 18.* distinguit hoc modo circa propositam controuersiam vt si communis opinio habeat contradictorem, tunc sententia non sit ipso iure nulla, sed iure subsistat & per appellationem demum rescindenda veniat: Sin vero nullum contradictorem habeat communis opinio, tunc sententia contra eam lata nullius sit momenti; quia talis opinio communis, quæ nunquam in dubium refricata fuit, tanquam lex custoditur: Nam si nemo, inquit, de ea dubitet, si sententia contra feratur erit ipso iure nulla *d. l. si expressim. & d. l. 2. C. quando prouoc. non est necesse.* Maxime vero quia talis iniquitas est manifesta.

Ego saluo aliorum iudicio sic circa propositam quæstionem statuendum censeo; sententia contra communem opinionem latam nunquam ipso iure esse nullam, siue contradictorem habeat, siue contradictorem non habeat; adeoque primam & postremam sententiam sustineri non posse partim propter fundamenta pro secunda opinione adducta, partim & ideo, quia, etsi nullum omnino contradictorem haberet communis opinio, non tamen notorie foret iniqua sententia contra eam lata: Tum quia communis opinio non seruatur quia fit, sed quia præsumatur saltem esse vera; adeoque communis opinio veritate saltem præsumpta nitatur; Vnde sequitur quod sententia contra eam lata non sit vere iniqua & iniusta, sed saltem præsumptiue. Tum etiam quia notoria ea dicuntur, quæ omnibus constare possunt, colore nullo offuscantur & probatione nulla indigent.

Cum igitur non sit notorie iniqua sententia lata contra cōmunem opinionem nullum etiam contradictorem habentem, sequitur quod non sit ipso iure nulla: Ratio quoniam illa sententia demum est ipso iure nulla, quæ notorie est iniqua *argum. l. si expressim.*

Adhæc quod iuris duntaxat præsumptione nititur, prout facit communis opinio, illud sententiam contrariam non reddit ipso iure nullam. *d. l. si expressim. & d. l. 2. C. quando prouocar. non est nec ess.*

Non aduersantur huic sententiæ argumenta primæ opinionis: Nam ad primum respondetur, falsum esse quod communis opinio habeat vim iuris & pro lege custodiri debeat; primo enim contrarium diserte docet Iustinianus *in l. 1. §. 6. C. de vet. iur. enucl.* vbi Triboniano cæterisque iuris compilatoribus præcepit, ne ex multitudine authorum quod melius & æquius est iudicarent, sed ex ratione potius recta ipsaque æquitate de re vnaquaque statuerent: Verba Imperatoris ita sonant: Sed neque ex multitudine auctorum quod melius & æquius est iudicatote, cum possit forsitan & deterioris sententia & multas & maiores in aliqua parte superare.

Deinde cum olim inter ICtos controuersia suborta esset, vtrumne maritus, si dotem nulla prius deductione facta integram post solutum matrimonium restituisset, id quod pro expensis necessariis pensari solet, posset tanquam debitum condictione indebiti repetere; & in hac disceptatione Marcellus æquitatem & rationem secutus condictionem competere respondisset Vlpianus, quamuis plerique Marcello contradicerent, nihil dissentientium multitudine vel authoritate motus respondit: Etsi plerique contradicant tamen propter æquitatem Marcelli sententiam admittendam esse *l. 5. §. penult. ff. de impens. in rem dotal. fact.*

Ad secundum quoque argumentum respondetur, falsum esse quod sententia contra communem lata sit notorie iniqua Anton. Maria Corat. *d. tit. 12. num. 2.* Cum enim opinio communis non

non sit notorie vera, vt modo demonstratum, sed præsumptam duntaxat & aliqualem pro se veritatem habeat, vt modo demonstratum est.

Idcirco dici non potest quod sententia communi opinioni contraria sit notorie iniqua & iniusta.

Ad tertium argumentum respondet Cotasius *d. loco*; quando Doctores communiter statuunt contra aliquam legem, tunc dare eos legi intellectum diuersum & contrarium à vero, adeo vt lex illa diuersos habeat intellectus, verum videlicet & falsum: sententiam vero contra legem habentem diuersos intellectus, adeoque dubiam & incertam, non dici ipso iure nullam. *l. expressim. Digest. de appellat. l. 2. C. quando prouocare non est necess.* Et sane falsissimum est opinionem communem vincere legem.

Ad postremum respondetur communem opinionem non aliter in foro obseruandam, quam si iusta ratione nitatur, nec enim error ius facit etiamsi communis & fere omnium sit, prout late ostendi *in volum. prior. disput. 1. quæst. 43.*

Deinde non sequitur, communis opinio in praxi & foro obseruanda est. Ergo sententia contra eam latam est ipso iure nulla.

Quæ. 40. *An iudex contra communem opinionem iudicans faciat litem suam?*

Sed porro quæritur anne iudex contra communem iudicans faciat litem suam?

Affirmandum hoc prima fronte quibusdam videtur propter sequentes rationes.

1. Inique, inquiunt, iudicans facit litem suam *l. si filiusfam. & ibi Dd. ff. de iudic. l. fin. Cod. de pœna iudic. qui mal. iud. pr. I. de obligat. quæ quasi ex delicto nasc.* Bartol. *in l. 1. num. 6. Codic. quomodo & quando iudex.* Claud. de Bertrand. *in pract. crim. reg. 42. num. 1.*

Iam vero contra communem opinionem iudicans inique & iniuste pronunciat. Litem proinde suam facit.

2. Iudex per imperitiam male iudicans, facit litem suam per textum *in l. final. Digest. de var. & extraordin. cognit. d. pr. I. de oblig. quæ quasi ex delict. nasc. & d. l. filiusfam. Digest. de iudic.* Bertrand. *d. pract. criminal. reg. 42. num. 2.* Iudicans autem contra communem imperite & male iudicat. Ergo facit litem suam. Et hanc opinionem laudant & sequuntur Ang. Aretin. *in d. pr. I. de obligat. quæ ex delict. nascunt.* Felinus *in cap. 1. num. 54. versic. & ideo iudicans extr. de constitut.* Bartol. *in l. final. Codic. de pœn. iud. qui male iud. num. 5.* Robert. Marant. *in disputat. 10. num. 48.*

Andreas Alciatus *in tractat. de præsumpt. reg. 1. præsumpt. 51. num. 6.* statuit iudicem contra communem opinionem pronunciantem facere litem suam, si dolo malo id faciat, secus vero si culpa & per ignorantiam.

Et huius suæ opinionis fundamentum constituit *in l. final. Codic. de pœn. iud. qui male.* Nam ibi iudex dicitur suam facere litem quando precio deprauatus aut gratia perperam iudicauit. Ex quo sequitur quod dolo malo iudicis interueniente litem suam non faciat.

2. Pro eadem sententia clarior adhuc textus est *in l. filiusfam. 15. Digest. de iudic. §. 1.* vbi hæc in verba Vlpianus scribit: *Iudex tunc litem suam facere intelligitur cum dolo malo in fraudem legis sententiam dixit: Dolo malo autem videtur hoc facere, si euidens eius arguatur vel gratia, vel inimicitia, vel etiam sordes.*

Ergo, inquit Alciatus, litem suam non facit quando culpa saltem contra communem opinionem iudex pronunciat.

Cæterum hanc Alciati opinionem reiicit & improbat Ant. Coras. *d. tit. 12. n. 45.* propterea quod ex ignorantia etiam male iudicans vel ex imperitia litem

suam faciat *pr. I. de obligat. quæ quasi ex delict. nasc. in verb. licet per imprudentiam.* Atqui ignorantia vel imprudentia est culpa & culpæ annumeratur, per textum *in l. Imperitia. ff. de Reg. Iur.*

Nec huic sententiæ refragatur *d. l. fin. C. de iud. qui male iudic.* Nam in ea lege Imperator rescribit ad consultationem, de certa facti specie conceptam, qua iudex proponebatur dolo malo perperam iudicasse. Inde igitur non recte infertur quod iudex per imperitiam & culpam male iudicans litem non faciat suam, cum idem proculdubio, si de culpa & imperitia iudicis interrogatus esset, responsurus fuisset; id quod ex *d. pr. I. de obligat. quæ quasi ex delict. nasc.* intelligitur.

Ad alterum respondet Corasius: Illum textum *d. l. 15.* procedere quoad hoc vt iudex litem faciat suam sed vt teneatur ad veram litis æstimationem. Ego & sic respondendum existimo; vnius inclusionem non protenus esse alterius exclusionem: & ideo non sequi, iudex dolo malo imperite iudicans facit litem suam: Ergo non facit litem suam per ignorantiam sine dolo malo male iudicans: præsertim vero tunc vnius inclusio non est alterius exclusio, quando alio in loco illud expresse includitur; & quod illo in textu deest, in hoc suppletur: Iam vero clarus & rotundus textus est *in d. pr. I. de obligat. quæ quasi ex delict.* quod nempe iudex non solum dolo malo, sed etiam culpa perperam iudicans faciat litem suam, prout supra est demonstratum.

Mihi circa propositam quæstionem hoc modo distinguendum videtur, vt si communis opinio iusta nitatur ratione aut aperto fulciatur iuris textu, tum iudex contra eam pronuncians faciat litem suam, non tam quia contra sententiam communem Doctorum quam quia contra rationem iuris veram, aut contra legem pronunciauit. Sin vero opinio communis nulla iuris valida ratione nec textu euidenti nitatur, non existimo iudicem suam facere litem eo quod contra eiusmodi opinionem Dd. communem pronunciauerit.

Huic autem sententiæ prioris opinionis duo argumenta; Etenim iudex neque imperite, neque inique, neque male iudicasse dici potest quando contra opinionem communem neque textu, neque ratione subnixam pronunciauit.

Cum talis opinio error potius sit & somnium Doctorum quam vera legis sententia; Neque etiam eiusmodi communem opinionem, ratione & textu destitutam in iudiciis & foro obseruandam esse & supra respondi & prolixe demonstraui *in dict. disputat. 1. quæst. 43. volum. prior.*

Porro iudex male iudicans non solum in eo punitur quod sententia eius pro nulla declaratur aut per appellationem rescinditur, prout hactenus ostensum est, sed etiam præterea parti læsæ damnum resarcire tenetur *d. pr. I. de obligat. quæ quasi ex delict. l. vlt. Digest. de variis & extraordinar. cognit. l. 5. §. si iudex. Digest. de obligat. & act.* non tamen in solidum tenetur, sed in quantum facere potest, prout docet Gloss. *in d. l. vltim.* Nisi in dolo vel lata culpa iudex versetur, tunc quippe in solidum tenetur *l. filiusfam. 15. D. gest. de iudic.*

Quinimo hoc casu, quo non per imprudentiam, sed dolo malo, vtpote precio corruptus aut gratia inductus male & inique iudicat infamia notatur, triplum reddere cogitur in ciuilibus; in criminalibus vero confiscatis bonis in exilium ire iubetur *l. final. & authentic. Nouo iure Codic. de iudic. qui male iudic.*

Sed hic suboritur quæstio & controuersia elegans atque ad propositum omnino

Quæ.41. *An quod iudex male iudicans, eo nomine expendit, recipiat?*

mnino pertinens; vtrum videlicet iudex qui male iudicauit, habeat ab ea parte pro qua sententiam tulit, eius quod hoc nomine exsoluit repetitionem? pro Affirmatiua opinione adducitur textus ex *l.Missi opinatores C.de exactor. tributor.* vbi iudicibus, qui per annum non exigentes, quod militibus debetur, de proprio exsoluere coguntur, reseruata est repetitio aduersus obnoxios, à quibus exigi pecunia non potuit. Iudici proinde, qui eius nomine quod male iudicauit aliquid expendit, pari modo reseruabitur eius repetitio.

Et hanc sententiam sequitur Speculator *in tit.de expens.§.postremo.n.5.versic.& si iudex.*

Pro contraria autem negatiua sententia adducitur *l.Mancipia iunct.gloss. in fine pr.C.de seru.fugitiu.* vbi si defensor ciuitatis fuerit negligens in requirendo sollicitatore & reuocando seruo sollicitato, tenetur reddere duos seruos & pœnam soluere & id, secundum Baldum & Glossam, in pœnam quasi litis æstimationem præstando nullumq; ius requirit contra sollicitatorem cui ipse negligentia propria fauit. At hoc idem euenit in casu nostro, quia iudex male iudicans condemnatur propter negligentiam vel ignorantiam vel malitiam commissam in inferẽdo sententiam iniquam.

Non obstat textus *in d l. Missi opinatores.* Etenim Bald.& Angelus respondent, eum textum procedere in executore simplici, qui facit litem suam ex negligentia mera executionis; Aliud vero esse in iudice, qui ex sententia iniqua facit litem suam, vnde non tantum debet puniri negligentia in faciendo quantum culpa, seu dolus inique iudicantis. Deinde respondent iudicem ibi soluisse illud, ad quod hi, contra quos ipsi referuata est actio, debiti tenebantur & efficaciter obstricti erant fisco iure actionis: Vnde cum iudex illorum negotia vtiliter gerat, liberando nos à propria solutione *l. soluendo. ff. de Negot. gest.* non est mirum si contra ipsos habeat actionem repetendi, sed secus est in proposita quæstione in qua iudex soluit, non quod pars victrix, sed ad quod ipsemet propria culpa vel dolo obligatus erat; vnde cum pœna suos tenere debeat auctores: Non est mirum si non est reseruata actio ipsi iudici contra partem victricem innocentem. Anton.Corat.*in d.tit.12,n.53.& sequent.*

Effectus sententiæ potissimum in eo consistit quod litibus finem imponit *l. 1. ff.de re iudicat. Res iudicata,* inquit Modestinus, *dicitur, quæ finem controuersiarum pronunciatione iudicis accipit.* Hinc ICtus Vlpianus *in l.56. ff. de re iudicat. post rem,* ait, *iudicatam vel iureiurando decisam vel confessionem in iure factam nihil quæritur post orationem Diui Marci &c.* Lit. B.

Sed huic regulæ obiicitur primo textus *in l.33.ff.de re iudicat.* vbi sententia litem & controuersiam non terminauit non finiit, sed res denuo, retractata priori sententia, cognoscenda suscipitur.

Verum loquitur ille textus de sententia, quam quis, circumuento iudice, falsis testibus pecunia corruptis obtinuit: Huius admissi grauitas facit vt denuo cognoscatur de causa & animaduertatur in testes & eorum corruptores. Idem statuitur si sententia lata sit ex falsis instrumentis *tit. Cod. si ex falsis instrum. iud. fit.* Sed quæritur verum ne hoc casu sententia sit ipso iure nulla, an vero per in integrum restitutionem rescindi debeat? Quæstionem hanc magni momenti esse ait Duaren. propter tempus restitutionis in integrum, quod hodie est quadriennii *in l.vltim. Cod.de tempor.in integrum. restitut.* Si enim subsistit ipso iure & per in integrum restitutionem rescindenda venit, tunc, quadriennio elapso, sententia amplius retractari & rescindi non poterit.: Si vero ipso iure nulla est,

non debere: In certis vero quod reuera inducitur damnum, præstandum esse *d. l. vnic. Cod. de sent. quæ pro eo quod interest.*

Lit. G. Quæ. 36. Quodnam sit illud simplum, cuius respectu id quod interest dicitur duplum?

Cum igitur cōstet quod id quod interest ad duplum ascendere, illud vero egredi & excedere minime queat, quæritur porto quale sit istud duplum, seu quodnam sit illud simplum cuius duplum interesse dicitur? Etenim hac ipsa de re mirum in modum disceptant Interpp. nostri.

Sunt enim quidam qui statuunt simplum illud esse id quod interest conuentum, atque ita statuunt, quando de taxādo & definiendo interesse agitur, interesse inspici debere quod in casum non seruatæ fidei præstari contrahentib. placuit; hoc interesse inquiunt duplabitur. Quam sententiam defendit antiquus Glossator Placentinus.

Sed hæc sententia à Bartolo, Accursio & Andrea Alciato, nec non Iohanne Oestenio *in d. l. vnic.* reiecta & reprehensa fuit: Nec immerito.

1. Quia plerumque accidit vt contrahentes in casum non præstitæ fidei siue moræ factæ de eo quod interest sibi non prospiciant.

2. Deinde quia absurdum foret alterum ex contrahentibus id quod sua interest post moram factam petere non posse, si in contractu eius quod interest nulla esset facta mentio.

3. Quia absurdum foret constitutionem *d. l. vnic. Cod. de sent.* quæ pro eo quod interest, ad interesse conuentum coarctare, cum generaliter & indistincte loquatur, nec minimum in ea argumentum seu iudicium occurrat, vnde colligi possit quod ea constitutio de solo interesse conuento loquitur.

4. Quia regula est quod prouisio hominis faciat cessare prouisionem legis *l. fin. Cod. de pact. conuent.* Sichard. *in l. 5. num. 12. Cod. de locat. conduct.* vnde sequitur contrahentes ad æstimationem eius quod interest *in d. l. vnic. Cod. de sent.* quæ pro eo propositam peruenire non posse, si inter eos de eo quod interest conuenerit.

Sunt deinceps qui statuunt simplum istud esse interesse commune hoc est rei communem valorem, & mora facta aiunt communem rei valorem duplari debere. Ita Accurs. post Bulgarum *in l. 2. §. fin. ff. de eo quod cert. loc.*

Sed hæc quoque sententia parum commoda esse videtur propterea quod non semper communem rei valorem scire possimus vt Bartol. & alii fatentur, & frustra ad communem rei valorem recurratur, cum contrahentes quanti res valeat aut valere debeat constituerunt.

Quocirca, reiectis hisce opinionibus, existimo sic omnino statuendum esse: Simplum esse rem ipsam principaliter debitam, seu pretium rerum ipsius rei de qua agitur, verb. gratia: Domus vendita est pro 100. floren. Emptor precium venditori numerauit; Venditor tamen emptori domum non tradit: Hoc casu emptor agit actione ex empto in id quod sua interest *l. 1. ff. de act. em. empt.* Ac simplum est domus ipsa siue precium eius: proinde id quod interest erant 200. floren.

Equidem Iohannes Oestenius *d. tract. de eo quod interest. c. 5.* ait, adhibendam hic distinctionem quandam: In emptione enim & venditione inquit precium ipsum dici in effectu simplum *l. Quintius. 40. cum l. seq. ff. de act. empt. l. si in venditione 60. ff. de euict.* seu propius ac pressius loquendo ipsam rem venditam certo precio definitam esse verum simplum emptori, cuius æstimationem id quod interest duplo non excedat: Venditori vero, qui rem tradidit, precium vero non recepit, non esse simplum rem ab ipso venditam & traditam sed precium quod ipsi debetur & in quo sit mora: Ideoque huic

huic vsuras communiter, illi id quod intereſt deberi.

Ecquidnam vero dicendum ſi res non ſit vēdita vero precio, ſed aut minoris aut pluris? Et hoc caſu precium ſeu rem venditam ſimplum eſſe ſtatuunt Molin. Donel. & Oeſten. dd. locis pro qua aſſertione hoc adducunt argumentum quod in re euicta cum de euictione agitur dupli taxatio non ad id quod res valet, ſed ad precium, quo res abalienata eſt referri debeat *l. Titius 43. verſic. de ſumptibus. & ll. ſequent. ff. de act. empt. l. ſi fundo pr. l. ſi in venditione 60. ff. de euict. l. ſuper empti 16. Cod. eod. tit.* Quibus in locis aſſeritur, agi non ad rem venditam, ſed ad precium retinendum & id quod intereſt, *Et in d. l. Cum forte. 44. ff. de act. empt.* additur, non vltra duplum periculum ſubire venditorem oportere. Duplum autem proculdubio intelligi precij conuenti: Nam explorati iuris eſt quod non agatur ad rem euictam, nec precium quo res communiter valuit, ſed ad id, quod res diſtracta eſt: Duplum igitur cum ſit alicuius ſimpli ad precium conuentum ſolutumque refertur. Et id quoque ſenſus communis oſtendit.

Non obſtat *l. Cum ſucceſſores. 23. Cod. de euict.* Nam dum illic Diocl. & Maxim. aiunt venditorem quanti ſua intereſt rem euictam non eſſe, teneri, non quantum precij nomine dediſti &c: non excludunt precium conuentum, quaſi ad id agi non poſſet: ſed innuunt ad id tantum non agi, ſed etiam ad id quod intereſt *l. Euicta. 70. ff. de euict.* Verba ſiquidem, *quanti ea res eſt*, large hic ſumpta, etiam precium de quo conuenerat, comprehendunt: Non Obſtante *l. quod ſi nulla 8. ff. de heredit. vel act. vendit.* Nam quod Iuris Conſultus Iauolenus aſſerit, ſi nulla hereditas ad venditorem pertinuit, ſit tamen aliqua, ipſam æſtimandam, & ita nō precium conuentum, ſed quanti ea hereditas ſit, attendi: Hoc ad finem augendæ nō etiam reſtringendæ actionis pertinet. Nam ſi hereditas maioris æſtimetur, quam eſt vendita, exigitur quod ſuperualet pretio, ſi pretium ſolutum non ſit, ſi ſolutum ſit, maior æſtimatio exigitur. Si vero res minoris æſtimetur, quam empta ſit, nihilominus pretium ſolutum repetit emptor & ſiquid præterea iuſte interſit, conſequitur, & ita in odium venditoris, hereditatem ad ſe non pertinentem vendentis, hæc actio augeri videtur.

Sic & falſum exiſtimo quod nonnulli affirmant, ſi facta ſit læſio vltra dimidium iuſti precij, non pretium conuentum, veluti erroneum, ſed communem rei æſtimationem ſimplum eſſe, eamque duplandam. Etenim ſi hoc admitteretur melior is conditionis foret decipiens, quam deceptus. Pone me fundum valentem mille à te emiſſe 400. eumque poſtea euictum eſſe; Et quia fundum euictum nō eſſe vltra mille mea intereſt, conſequor nō ſolum precium ſolutum, 400. ſcilicet, ſed etiam id quod intereſt; Cumque res communiter mille valet, ſecundum ſententiam Ignæi, in æſtimatione eius quod intereſt hoc ſaltem attendendum, ne id quod intereſt communem æſtimationem, id eſt mille duplo excedat. Atque ſic contra mentem *d. l. vnic.* nō modo duplum ſed pene quadruplū conſequerer. primo enim peterē 400 quæ ſolui, deinde id quod intereſt vſque ad mille: Ex aduerſo autem ſi fundum valentem 400. pro mille abs te emiſſē, non poſſem eius quod intereſt nomine vltra 400. petere; quia fundus tanti reuera eſt, & ita lōge infra dimidiū precij ſoluti acciperē ac melioris eſſem conditionis decipiēs, quam deceptus, quod eſt contra mentē legis & rationem humanā: Deinde venditor propriam turpitudinem allegaret, ſi euicto fundo obiice-

ret, rem longe minoris esse, quam vendita sit, ideoq; simplum precii veri, non conuenti, duplandum. Idem esset si emptor culpam aut læsionem allegaret, rem longe maioris, quam vendita sit, & secundum æstimationem veram id quod interest taxandum esse afferens. Quapropter relinquitur in emptione precium conuentum esse verum simplum, etiamsi erroneum ac vltra dimidium rei vel pretii læsio sit facta.

Illud hic silentio prætereundum non est quod precium siue æstimatio quam simplum esse hactenus diximus in permutatione & reliquis contractibus referri debeat ad tempus contractus, si scilicet ipsarum partium seu contrahentium æstimatio cessarit *argum. l. Titia. 62. Digest. de iure dot.* Nam si res à contrahentibus certo precio definita est, pretium conuentum simplum erit *argum. d. l. Titia.* æstimatio siquidem est loco precii & venditionem inducit *argum. plerumque. 10. L. quoties. 16. Digest. de iure dot. l. quoties. Cod. eod. tit.* Æstimatio autem quæ erat tempore contractus ita respicienda est vt non referat quod res postea pluris aut minoris esse cœpit: Cum in contractibus non attendatur mutatio sequens argum. *l. Rutilia. 69. Digest. de contrahend. empt.* Sic in legatis puris valor qui tempore mortis testatoris fuit, attenditur, quod tunc legatorum & fideicommissorum dies cedit *L. 1. §. Nouissimo. Cod. de Caduc. tollend.* & ante nihil debeatur *l. qui duos. §. sed multo. Digest. de manum. testam. in verb. inutilis est, cum voluntas hominis sit ambulatoria ad extremum vitæ spiritum. l. quod si 4. Digest. de adim. legat.* In legatis vero in diem non mortis, sed diei venientis valorem inspici verisimilius esse videtur. Etsi enim statim tempore mortis eorum dies cedat *l. si post. 5. §. 1. quando dies legator. cedat. l. 14. Digest. de Reg. Iur.* Nondum tamen peti possunt *l. cedere 213. in pr. Digest. de verbor. significat. d. l. si post. quando dies legator. cedat.* Ideoque cum nondum efficaciter debeantur nec ante æstimatio inspici potest, quam dies venerit. Eius enim temporis fit æstimatio, cum peti potest *l. 59. & sequent. ff. de verbor. obligat.* Ex his quoque sequitur quod in legatis cōditionalibus, conditionis extantis valor attendi debeat. Exinde enim eorum dies cedit & venit. *d. l. si post. §. sed si sub conditione. ff. quand. dies legat. ced. d. l. cedere Digest. de verb. significat.*

Nec huic resistit *l. si filiusfam. 78. ff. de verbor. obligat. l. qua legata. 14. ff. de Reg. Iur.* Nam licet in hisce & similib. locis affirmetur inter stipulationes & legata conditionalia esse differentiam, tamen hoc verum saltem est quoad acquisitionem: Quod hæc, nisi dies cesserit, ad heredes non transferantur: illæ etiam transeant, licet conditio non extiterit: Et hæc patri acquirantur, etiamsi conditio existat post emancipationem filii, legata conditionalia non item. In stipulationibus enim id tempus spectatur, quo contrahimus: in legatis tempus quo conditio existit. Verum quoad æstimationem & valorem rei nihil hac in parte interest: Neutro enim casu prius ea fieri potest, quam res efficaciter debeatur *arg. l. Cum quis. 22. ff. de obligat. & act. l. quantitate 73. ff. ad L. Falcid. §. quantitas. Inst. eod.*

Ex hisce iam satis abundeque patere arbitror quænam sit eius quod interest taxatio, quid duplo eo contineatur, quod id quod interest excedere posse negatur: quodnam item sit illud simplum, cuius respectu id, quod interest duplum appellatur. Quocirca primam partem *d. l. vnic. Cod. de sent. quæ pro eo quod interest.* in qua de casibus certis pertractatur expediuisse videmur.

Restat proinde vt etiam de interesse in casibus incertis præstando nonnihil

subii-

subiiciamus. De illis vero ita Iustinianus in ista *l. vnic.* scribit: *In aliis autem casibus, qui incerti esse videntur, iudices, qui causas dirimendas suscipiunt, per suam subtilitatem hoc requirere, vt hoc quod reuera inducitur damnum, hoc reddatur & non ex quibusdam machinationibus & immodicis peruersionibus in circuitus inextricabiles redigatur: Ne dum in infinitum computatio reducitur, pro sua impossibilitate cadat: Cum sciamus esse naturæ congruum eas tantummodo pœnas exigi, quæ vel cum competenti moderamine proferuntur, vel à legibus certo fine conclusa statuuntur.*

Quinam incerti sint casus ex illis satis intelligitur quæ de capibus certis supra sunt dicta: Si enim casus illi dicuntur certi, prout hoc supra asserulmus, quæ certam quanritatem, siue pecuniæ summam, aut certam speciem cótinent, sequetur casus illos dici incertos in quibus aut incerta quantitas, aut vt quid fiat obligatione continetur; Quod facta incertæ sint naturæ patet ex §. *final. Inst. de verbor. obligat.* Nam ib: Iustinianus hoc Imper. modo scribit: *Non solum res in stipulatum deduci possunt, sed etiam facta; vt si stipulemur aliquid fieri, vel non fieri & in huiusmodi stipulationibus optimum erit pœnam subiicere, ne quantitas stipulationis in incerto sit ac necesse sit actori probare quod eius intersit. Itaque si quis vt fiat aliquid stipuletur, ita aduci pœna debet: Si ita factum non erit, tum pœnæ nomine decem aureos dare spondes?*

Et sane ratio huius etiam est plus quam euidentissima. Constat enim quod ex faciendi obligationibus aliquis solum ad interesse conueniri possit, ita vt tali obligatione reuera ac proprie & accurate loquendo, non tam factum, quam interesse contineatur *l. 72. l. 84. l. 81. l. 112. §. 1. ff. de verbor. obligat. l. 13. ff. de Re iudicat.* Interesse autem incertum est, tum eius æstimatio ex eo quod actori abest, quodque ei non accessit, pendet; Et fieri potest vt in eodem facto alias plus, alias minus, interdum vt nihil: Vnde etiam id quod interest in facto consistere dicitur *l. quatenus. ff. de Reg. Iur.* scilicet quia cum res incerta sit, ex facti circumstantiis pendens, nulla certa definitione comprehendi possit.

2. Accedit quod in solis illis obligationibus, taxatio ista dupli quæ fit *in d. l. vnic.* locum habere possit, in quibus alia quæpiam res, quam id quod interest continetur, quia aliquid necessum est vt adsit, quod ab eo, quod interest excedatur; quoniam fieri non potest vt idem sit quod excedit & quod exceditur: Quocirca si ex faciendi stipulationib. ac contractibus ab initio statim debetur id quod interest, prout paulo supra ostensum fuit, sequitur exinde quod illud interesse sine vlla taxatione exigi possit, quantumcunque etiam fuerit.

Quocirca casus incertos referri debent omnes contractus & quasi contractus, quibus vt aliquid fiat comprehensum est. Et tales sunt præter faciendi stipulationes; Mandatum, tutela negotiorum gestio *l. si quis ab aliena. Digest. de re iudicat. l. quoties. ff de verbor. obligat. l. si procurator. §. mandati. Digest. mandat. l. 1. Digest. tutel. & rat. distrahend. l. 2. Digest. de Negot. gest.*

Nec obstat constitutio *d. l. vnic.* in qua Iustinianus, proposita certorum casuum definitione, exempla adiiciens, ei definitioni contractus omnes subiicere videtur his verbis: *Sancimus*, inquit, *in omnibus casibus, qui certam habent quantitatem vel naturam, veluti in venditionibus, in locationibus & omnib. contractibus, hoc quod interest, dupli quantitatem non excedere:* Videtur proinde Iustinianus velle omnes contractus eiusmodi esse casus qui certam

tam habeant quantitatem vel naturam.

Veruntamen respondet Donell, illum textum nō sic accipiendum esse, verum ita vt in his exempla posita sint eorum negotiorum, non quæ ipsa absolute & per omnia casus ii sint, qui certam naturam & quantitatem habeant, sed in quibus illi casus existant & intelligantur: In his enim generibus existunt quidem hi casus, sed non per omnia talis est venditio, non per omnia talis est locatio &c.

Ad casus porro incertos refert quoq; Donellus Maleficia, illa scilicet, ex quibus non certæ pœnæ persecutio, sed in id quanti ea res est, de qua agitur, actio constituta est, quod fit *in L. Aquilia de damno iniuria dato*, in interdicto vnde vi, iis rebus amissis, quæ in fundo fuerunt, vnde vi deiecti sumus, in furto *l. Ait. Digest. ad L. Aquil. l. 1 §. Non solum. Digest. vnde vi. l. qui vas. l. infitiando. §. 1, Digest. de furt.*

Nec obstat quod in maleficiis res certa interdum in obligatione versari videtur; quæ præstanda sit ex maleficio, cuius certa sit natura ac proinde æstimatio, vt in damno iniuria dato, si vas ruptum sit, in furto, si idem furto sublatum sit: In rapina, si idem ereptum sit: In quibus vasis damnum in obligationem venire videtur; ideoque si quid nostra intersit vas ruptum aut surreptum non esse, id non vltra duplum præstari oportet.

Sed & huic obiectioni satisfacit Donellus, cum quid ruptum, inquiens, aut surreptum est huius rei æstimationem in obligationem non deduci, sed venire quanti ea res est, id est quanti interest damnum datum aut quod aliud maleficium admissum non esse *l. Ait lex. Digest. ad L. Aquil. l. 1. §. Non solum Digest. vnde vi. l. qui vas & l. infitiando. §. 1. ff. de furt.* Cui consequens est, quod, cum id quod interest totum petatur, non duplum aut triplum eius quod in obligationem venit, petatur.

Et hoc non obscure porro confirmant *l. proinde si seruum, 22. l. inde. ff. ad L. Aquil.* vbi Paulus & Vlpianus sic agi posse ex lege Aquilia dicunt vt in eo vtilitates omnes interuersas æstimari velint: pœnam, si forte eum sub pœna tradendum promisi. Causas corpori cohærentes, si vnus ex Comœdis aut symphoniacis fuerit: Hereditatem, si fuit heres institutus; item quanti est, quod cum magnas fraudes seruus in meis rationibus commisisset, de eo quæstionem habere nō potuerim vt fraudum participes eruerentur: Quæ sane omnia serui æstimationem multis modis excedere possunt.

Quin & in interdicto vnde vi Vlpianus sic definit: Omnia quæcunq; habiturus vel assecuturus erat is, qui deiectus est, si vi deiectus non esset, restitui actori, aut eorum litem à iudice æstimari debere *d. l. 1. §. non solum. ff. vnde vi.* Quæ sententia sane est æquissima; contraria vero iniqua & Reipubl. admodum perniciosa, vt qua hoc efficiatur vt & impune quis iniuriam patiatur vbi totum, quod sibi abest, alieno maleficio, consequi non potest, & maleficia, contra Reipublicæ vtilitatem, ne coerceantur.

Cæterum in hisce casibus incertis hoc est constitutum, vt interesse totum, quantumcunque etiam sit, licet immensum sit reiq; precium multis modis excedat, absq; vlla taxatione & restrictione præstetur: Ratio ex prædictis facile colligi potest: Nam duplum computatur ad rationem simpli: In casibus autem incertis non potest simplum consistere, cum casus incerti neque certam quantitatem siue summam, neque etiam certam naturam, siue certum corpus habeant: Vnde necessario sequitur, iudicem in casibus id quod interest ad simpli rationem moderari & definire non posse, nec id quod interest.

interest in casibus incertis dici posse duplum excedere vel non excedere debere.

Veruntamen Iustinianus *in d. l. vnic.* iudici duo præscribit præcepta, quæ ob oculos habere debet, quando in casibus incertis, qui certam quantitatem non habent nec certam naturam id quod interest taxari ac definiri vult. primo præcipit vt iudex, qui causas dirimendas suscipit in casibus incertis, per suam subtilitatem requirat vt hoc quod reuera inducitur damnum, reddatur: Hisce verbis Iustinianus iudici significat vt in id tantum, quod in veritate interest, reum condemnet actori. Deinde Iustinianus iudici præcipit vt diligenter attendat, ne id quod interest ex quibusdam machinationibus & immodicis persuasionibus in circuitus inextricabiles redigatur: Quibus verbis Iustinianus iudici mandat ne vanis partium allegationibus, quibus sua interesse adfingunt animum attendat: Et subiungit Iustinianus elegantem rationem his verbis: Naturæ enim congruum est eas tantummodo pœnas exigi quæ vel cum competenti moderamine proferuntur, vel à legibus certo fine conclusæ statuuntur. pœnas vocat Iustinianus id quod interest: Nam & ICti frequenter id quod interest pœnam appellant. Sententia igitur Iustiniani Imperatoris hæc est: Ideo iudex in casibus incertis id quod interest non debet taxare supra id quod reuera interest, nec vanis partium allegationibus quibus sua interesse contendunt, & interesse maxime exaggerant, aures præbere, quia naturæ siue naturali æquitati congruum est vt sententiæ, quę pro eo quod interest proferuntur, proferantur cum modo æquo & pari, ne forte pœna maior sit quam culpa, & quam humanitas & æquitas patiuntur Cuiac. *in paratitl. Codic. de sentent. quæ pro eo quod interest profer.*

De eo etiam quæritur, sitne casus incertus quando de dolo in emptione venditione præstando agitur, vt si venditor in se receperit, nihil se dolo malo facturum? Et quidem venditor non solum expresse, sed tacite quoque idipsum in se recipere dicitur: Nam iudicio empti naturaliter hoc continetur *l. ea quæ. 43. §. final. ff. de contrahend. empt. l. tenetur. 6. §. penult. & vlt. ff. de action. empt.* Verbi gratia si venditor pecus morbosum aut tignum vitiosum sciens vendiderit & emptorem deceperit, omnia detrimenta, quæ ex ea emptione emptor traxit, licet simplum excedant, ei præstabit. Siue ergo ædes vitio tigni corruerunt, ædium æstimationem, siue pecora contagione morbosi pecoris perierunt, quod interfuit idonee venisse, erit præstandum *l. Iulianus 13. pr. ff. de act. empt.* Item qui furem vendidit aut fugitiuum siquidem sciens, præstare debebit, quanti emptoris interfuit non decipi. *d. l. Iulianus. 13. §. item qui furem.*

Idem euincit *l. tenetur. 6. §. si vas. ff. de act. empt.* In hisce casibus, licet res certæ puta pecus, tignum seruus certo precio venierint, non tamen est casus interesse certus, cum præter rem, quæ tradi deber, aliud obiectum specificum habeat rationi doli mali. Nec enim quanti sit dolum adhibitum non esse à principio statuitur, neque æstimari potest, cum ex euentu incerto pendeat: Totum igitur quod euenerit præstandum est, vt incertum: Nec nocet quod ad damni efficiendi differentiam nihil valeant scientia & ignorantia: Seu non minus ignorans venditor damnum det, quam sciens. Nam pœna seu mulcta ob dolum culpamue infligitur, & id quod interest pœna est: Ignorantia autem culpæ plerumque expers est: plerumque dico propter eos qui artem ac certam industriam profitentur. Nam & hi etiam tenentur licet vitium ignorarint.

ad obuiandum hominum malitiis facta sit, *l. in fundo. 28. ff de Rei vindicat.* Et per dolum quis legum beneficio indignus reddatur, *l. auxilium. 37. ff. de minorib. l. verum. 63. §. hoc quoque. ff. pro socio l. sed hoc ita 22. §. fin. ff. de re iudic.* Cæterum illud addendum est, quod dicitur ob dolum etiam in omittendo consistentem cessare taxationem dupli *d. l. vnic.* id non ita accipiendum est, quasi in dolo sit statim debitor, si creditum, ad quod scit se obligatum, suo loco & tempore negligit præstare; sed tunc demum, si id malitiose & callide ad alium defraudandū factum sit; per dolum siquidem hic intelligitur destinata malitia, calliditas, fallacia machinatio ad circumueniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibita, iuxta definitionem Labeonis *in l. 1. §. dolum. ff de dolo malo.*

Quæ. 37. *Quo iure veniat id quod interest, iure actionis, an officio iudicis?*

Addenda hoc loco quæstio est diligenti consideratione digna, quonam iure veniat id quod interest, iure ne actionis an officio iudicis? Ego, quicquid etiam contra dicat noster Treutlerus distinguendum omnino censeo inter obligationes dandi & faciendi. Etenim quod in obligationibus dandi iure actionis præstandū veniat interesse, hac euidentissima ratione demonstratur. Illud iure actionis venit quod è contrahentibus in contractum deductum est, ac obligatione continetur. *arg. §. 1. I. de act.* vbi actio definitur ius persequēdi in iudicio quod sibi debetur. Atqui in faciendi obligationibus id quod interest in contractum ab initio censetur deductum & obligatione continetur. Sic enim in faciendi stipulationem venire id quod interest dicitur *in l. 112. §. 1. ff. de verbor. obligat.* vbi Pomponius: *Si quis* inquit, *ita stipulatus fuerit, pro centū aureis satisdabis? & reum dederit in istam summam: Proculus ait semper in satisdationis stipulatione venire id quod interesset stipulantis.* Item clarius adhuc asseritur *in l. si pœnam. 68. ff. de verbor. obligat.* quo in loco Paulus ait, *Si pœnam stipulatus fuero, si mihi pecuniam non credidisses, certa est & vtilis stipulatio. Quod si ita stipulatus fuero, pecuniam mihi crediturum spondes? incerta est stipulatio, quia id venit in stipulationē quod mea interest, testatur aperte* Vlpianus *in l. 81. ff. de verb. obligat. Quotiens quis alium sisti promittit, nec adiicit pœnam (puta vel seruum suum vel hominem liberum) quæritur an committatur stipulatio? Et Celsus ait, licet non est adiectum huic stipulationi, nisi steterit, pœnam dari, in id quanti interest sisti, cōtineri.*

Postremo quod in obligationibus faciendi contineatur id quod interest euidenter etiam probat textus *in l. stipulationum. 62. ff. de verbor. obligat.* vbi idem Vlpianus ait: *Celsus tamen libro trigesimo octauo refert, Tuberonem existimasse, vbi quid fieri stipulemur, si non fuerit factum, pecuniam dari oportere.*

Nec obstat quod factum sit promissum & in obligationem deductum: Nam etsi verbis factum sit promissum, re tamen ipsa & sententia contrahentium pecunia promissa intelligitur, quoniam factum non solum continet actum, sed etiam, & quidem maxime, si intentionem contrahentium spectes, effectum illius actus qui est vtilitas, siue id quod interest. *§. Alteri. I. de inutil. stipulat.* Quinimo post litem contestatam interesse ita est in obligatione vt facti præstatio liberationem amplius non præstet. *l. 48 Digest. de verbor. obligat.*

De faciendi igitur obligationibus dubitandum non est quin iis interesse contineatur, ac consequenter, iure actionis illud veniat.

Diuersa ratio obligationis dandi: Ex illis enim res ipsa, in contractum deducta, debetur & peti potest. Interesse igitur quod à re principaliter debita, hisce obligationibus non contineatur & ideo nec iure actionis venit.

Cæterum illud interesse, quod non continet rem principalē, sed saltem

damnum

damnum & lucrum per moram vel culpam mihi datum aut interceptum *l.6.§. officium.ff.de aqua pluv.arcend.*

RESOLVTIO THESIS Quinta.

Quæ.38. *An sententia contra ius lata ipso iure sit nulla?*

Sententia porro contra ius lata nullius est momenti; quandoquidem iudex pronunciare debet ita vt legibus constitutionibus & moribus comprehensum est. §. *u.I. de offic. iudic. Authent. Iubemus, C.de iudic.Nouell.22,c.13.*

Quod autem sententia expresse contra leges lata nullius sit momenti expresse ostendit Modestinus *in l. si expressim 19 ff.de appellat. Si expressim sententia contra iuris tenorem* (Sic enim rectius,quam *rigorem* demonstrant Petr.Faber.Giphanus & Sturtzius *ad l. 90. ff. de Reg. Iur.*) *lata fuerint, valere non debet, & ideo etiam sine appellatione causa denuo induci potest.*

Sed tunc demum sententiam ipso iure esse nullam quando contra ius expressum & manifestum profertur, ibidem demonstrat Modestinus, quando hæc verba subiicit: *Non iure profertur sententia, si specialiter contra leges vel Senatus-Consultum vel constitutionem fuerit prolata.* Et quod sententia contra ius lata tunc demum ipso iure sit nulla, quando ius illud expressum est, haut obscure significat *l.2. C.quando prouoc. non est necess.* in verbis illis, *sententiam eius contra tam manifesti iuris formam datam nullas vires habere, palam est, Et ideo in hac specie nec prouocationis auxilium necessarium fuit.*

Quod si igitur ius aliquod dubium est & anceps, vt & cuius mente & sententia non ita exacte constat, sed variæ de ea extent D.D.opiniones, vti nonnunquam fieri solet, tum etsi iudex contra ius istud ambiguum iudicet, contra constitutiones Imperiales propterea non dicetur iudicasse, cum de sententia Imperatoris non constet.

Sed etsi iudex expresse contra ius iudicet, si tamen putat ius istud ad rem non facere, non est sententia ipso iure nulla textus est *in l.32.ff. de Re iudicata.* vbi hoc modo scrib.t ICtus Callistratus: *Cum prolatis constitutionibus contra eas pronunciat iudex, eo quod non existimat causam de qua iudicat, per eas iuuari, non videtur contra constitutiones sententiam dedisse, ideoque ab eiusmodi sententia appellandum est, alioquin rei iudicata stabitur.*

Sed huic refragari videtur textus *in l. præses.27.ff. eod. tit.* vbi sententia quæ expresse contra ius est lata non est ipso iure nulla, sed valet ita vt demum per appellationem rescindenda sit.

Verum Duarenus respondet olim iudicem in statu coniecturali de facto pronunciasse; in iudiciali de iure, prout colligatur ex *l.1.ff.quæ sentent.sine appellat. rescind.* Quando igitur pronunciatur de iure & contra ius certam sententiam ipso iure esse nullam *d.l.1.ff.quant.prouoc.* At cum de facto, quamuis contra ius, sententia valet *d.l.29. & d.l.32.*

Quæritur porro vtrum sententia notorie contra communem opinionem lata ipso iure sit nulla, an vero subsistat iure, per appellationem vero rescindenda veniat? Et quod ipso iure sit nulla sequentibus rationibus confirmari videtur. **Quæ. 39.** *An sententia contra communem lata ipso iure sit nulla?*

1. Quia communis Dd. opinio est pro lege & tanquam ius seruatur per text. *in l 3 ff.de offic. præsid. §.7.I. de test amordinand. l.3.ff.de suppellect. legat. l.4 ff. de his qui not.infam. l.12. ff. de instruct. & instrum. legat.* Iam vero contra ius expressum lata sententia ipso iure nulla est *d.l.si expressim. ff.de appellat. l. 2. C.quand.prouoc.non est necess.* Lata proinde sententia contra communem Dd. opinionem ipso iure est nulla atq; sine appellatione rescinditur.

2. Quia manifesta iniquitas æquiparatur nullitati, vt tradit *in cap. cum Bertholdus col. 2.n.4. in verb. concessimus* & ibi

Paulus

Paulus Rossellus *in addit. extr. de sentent. & re iudicat.* Abbas *in cap. si quando colum. 1. in 2. not. n. 2. extr. de offic. delegat.* Zab. *in con. 55.* Cut. *in con. 65. col. 3. n. 3. vers. faciunt, qua notat.* Iam vero sententia est manifeste iniqua, quæ contra communem opinionem est lata.

3. Quia si vinco vincentem te, multo magis te vinco *l. de accessionibus. ff. de diuers. & tempor. præscript.* Atqui sententia lata contra legem est ipso iure nulla. *d. l. si expressim. ff. de appellat.* Communis vero opinio vincit legem, habentẽ varios intellectus: Cum enim nihil sit tam clarũ in iure quod in dubium reuocari non possit, cumque tot viri illustres viderint illum textum & contra eum statuerunt, oritur ingens præsumptio vt vel textus ille non probet in terminis, vel si probet, iusta aliqua causa vel ratione recesserint ab eo.

4. Quia communis opinio in foro obseruari debet text. *in l. 1. §. eod. autem tecto, in verb.* & ait Sextus sic esse sæpe iudicatũ. *ff. ad Syllan. l. 39. §. si sticbum. ff. de stat. in verb.* Sententia hæc rationem habet, sed hoc iure vtimur. *§. fin. l. qui satisd. cog.* vbi Iustinianus ait, omnia apertius à quotidiano iudiciorum vsu ipsis rerum documentis apparere. *L. Labeo 21. ff. de statulib.* ibi morem agentium sequi debemus.

Sed ab hac sententia discedentes nonnulli ICti statuunt quod sententia contra communem lata non quidem sit ipso iure nulla, sed tamen iniqua & iniusta. Et ita statuunt Vdalricus Zas. Bart. & Alexand. *& in d. l. cum prolatis ff. de re iudicata.* Vantius *in tract. de Nullit. tit. de nullit. ex defect. process. n. 20.* Cagnol. *in l. 1. n. 157. ff. si cert. pet.* Et hæc sententia defenditur sequentibus rationibus ac fundamentis.

1. Sententia nulla illa dicitur quæ est specialiter contra leges vel SCta vel principum prolata. *d. l. si expressim. ff. de appellat.* Atqui sententia contra communem opinionem lata non est huiusmodi, quia communis opinio non est specialiter lex, vel Senatus Consultum; vel constitutio principis vt per se patet & infra dilucidius & fusius demonstrabitur.

2. Quia communis opinio non facit ius clarum certum & firmum, adeo vt si contra eam sententia feratur, debeat dici contrauentum formæ ipsius iuris, cum plura possint adesse, quæ eius robur tollere valeant: Ea vero demum sententia nulla est, quæ contra manifestam, certam & claram iuris formam profertur. *l. 2. Cod. quand. prouoc. non est necess.*

3. Quia quotiens duæ sunt præsumptiones contrariæ, licet efficacior tollat præsumptionem minus efficacem *l. Diuus ff. de restitut. in integrum.* tamen non adeo elidit vt annullet præsumptionem contrariam: Nam cum præsumptio fiat in dubio, quo casu veritas potest esse contra præsumptionem, non debet in totum tollere actum contrarium, sed satis est, quod eo suspenso contrarius actus præsumptione fulcitus præferatur & seruetur: At in casu nostro sunt duæ præsumptiones contrariæ: Vna pro communi, & ista reuera efficacior, ex quo attenditur per eam communis: Altera pro iudice & sententia. Alciat. *in tractat. præsumpt. reg. 3. præsumpt. 9.*

4. Postremo hæc sententia probatur, quod communis à communiter accidentibus, habeat contradictores, adeo vt ius, varios habens intellectus. At sententia etiam contra legem habentem varios intellectus prolata non dicitur nulla *l. cum prolatis & ibi Dd. ff. de Re iudic. & in l. qui Romæ §. duo fratres. ff. de verbor. obligat.*

Ex quibus fundamentis necessario concludendum videtur quod sententia lata contra communem sit iniusta & iniqua, non autem ipso iure nulla, & ideo per appellationem rescindi debeat.

Anton. Maria Corasius *in tractat. de Commun. opin lib. 3. tit. 12. num. 18.* distinguit hoc modo circa propositam controuersiam vt si communis opinio habeat contradictorem, tunc sententia non sit ipso iure nulla, sed iure subsistat & per appellationem demum rescindenda veniat: Sin vero nullum contradictorem habeat communis opinio, tunc sententia contra eam lata nullius sit momenti; quia talis opinio communis, quæ nunquam in dubium refricata fuit, tanquam lex custoditur: Nam si nemo, inquit, de ea dubitet, si sententia contra feratur erit ipso iure nulla *d. l. si expressim. & d. l. 2. C. quando prouoc. non est necesse.* Maxime vero quia talis iniquitas est manifesta.

Ego saluo aliorum iudicio sic circa propositam quæstionem statuendum censeo; sententia contra communem opinionem latam nunquam ipso iure esse nullam, siue contradictorem habeat, siue contradictorem non habeat; adeoque primam & postremam sententiam sustineri non posse partim propter fundamenta pro secunda opinione adducta, partim & ideo, quia, etsi nullum omnino contradictorem haberet communis opinio, non tamen notorie foret iniqua sententia contra eam lata: Tum quia communis opinio non seruatur quia sit, sed quia præsumatur saltem esse vera; adeoque communis opinio veritate saltem præsumpta nitatur; Vnde sequitur quod sententia contra eam lata non sit vere iniqua & iniusta, sed saltem præsumptiue. Tum etiam quia notoria ea dicuntur, quæ omnibus constare possunt, colore nullo offuscantur & probatione nulla indigent.

Cum igitur non sit notorie iniqua sententia lata contra cõmunem opinionem nullum etiam contradictorem habentem, sequitur quod non sit ipso iure nulla: Ratio quoniam illa sententia demum est ipso iure nulla, quæ notorie est iniqua *argum. l. si expressim.*

Adhæc quod iuris duntaxat præsumptione nititur, pront facit communis opinio, illud sententiam contrariam non reddit ipso iure nullam. *d. l. si expressim. & d. l. 2. C. quando prouocar. non est necess.*

Non aduersantur huic sententiæ argumenta primæ opinionis: Nam ad primum respondetur, falsum esse quod communis opinio habeat vim iuris & pro lege custodiri debeat; primo enim contrarium diserte docet Iustinianus *in l. 1. §. 6. C. de vet. iur. enucl.* vbi Triboniano cæterisque iuris compilatoribus præcepit, ne ex multitudine authorum quod melius & æquius est iudicarent, sed ex ratione potius recta ipsaque æquitate de re vnaquaque statuerent: Verba Imperatoris ita sonant: Sed neque ex multitudine auctorum quod melius & æquius est iudicatote, cum possit fortsitan & deterioris sententia & multas & maiores in aliqua parte superare.

Deinde cum olim inter ICtos controuersia suborta esset, vtrumne maritus, si dotem nulla prius deductione facta integram post solutum matrimonium restituisset, id quod pro expensis necessariis pensari solet, posset tanquam debitum condictione indebiti repetere; & in hac disceptatione Marcellus æquitatem & rationem secutus condictionem competere respondisset Vlpianus, quamuis plerique Marcello contradicerent, nihil dissentientium multitudine vel authoritate motus respondit: Etsi plerique contradicant tamen propter æquitatem Marcelli sententiam admittendam esse *l. 5. §. penult. ff. de impens. in rem dotal. fact.*

Ad secundum quoque argumentum respondetur, falsum esse quod sententia contra communem lata sit notorie iniqua Anton. Maria Corat. *d. tit. 12. num. 2.* Cum enim opinio communis non

non sit notorie vera, vt modo demonstratum, sed præsumptam duntaxat & aliqualem pro se veritatem habeat, vt modo demonstratum est.

Idcirco dici non potest quod sententia communi opinioni contraria sit notorie iniqua & iniusta.

Ad tertium argumentum respondet Corasius *d. loco*; quando Doctores communiter statuunt contra aliquam legem, tunc dare eos legi intellectum diuersum & contrarium à vero, adeo vt lex illa diuersos habeat intellectus, verum videlicet & falsum: sententiam vero contra legem habentem diuersos intellectus, adeoque dubiam & incertam, non dici ipso iure nullam. *l. expressim. Digest. de appellat. l. 2. C. quando prouocare non est necess.* Et sane falsissimum est opinionem communem vincere legem.

Ad postremum respondetur communem opinionem non aliter in foro obseruandam, quam si iusta ratione nitatur, nec enim error ius facit etiamsi communis & fere omnium sit, prout late ostendi *in volum. prior. disput. 1. quæst. 43.*

Deinde non sequitur, communis opinio in praxi & foro obseruanda est. Ergo sententia contra eam latam est ipso iure nulla.

Quæ. 40. *An iudex cōtra communem opinionem iudicans faciat litem suam?*

Sed porro quæritur anne iudex contra communem iudicans faciat litem suam?

Affirmandum hoc prima fronte quibusdam videtur propter sequentes rationes.

1. Inique, inquiunt, iudicans facit litem suam *l. si filiusfam. & ibi Dd. ff. de iudic. l. fin. Cod. de pœna iudic. qui mal. iud. pr. I. de obligat. quæ quasi ex delicto nasc.* Bartol. *in l. 1. num. 6. Codic. quomodo & quando iudex*, Claud. de Bertrand. *in pract. crim. reg. 42. num. 1.*

Iam vero contra communem opinionem iudicans inique & iniuste pronunciat. Litem proinde suam facit.

2. Iudex per imperitiam male iudicans, facit litem suam per textum *in l. final. Digest. de var. & extraordin. cognit. d. pr. I. de oblig. quæ quasi ex delict. nasc. & d. l. filiusfam. Digest. de iudic.* Bertrand. *d. pract. criminal. reg. 42. num. 2.* Iudicans autem contra communem imperite & male iudicat. Ergo facit litem suam. Et hanc opinionem laudant & sequuntur Ang. Aretin. *in d. pr. I. de obligat. quæ ex delict. nascunt.* Felinus *in cap. 1. num. 54. versic. & ideo iudicans extr. de constitut.* Bartol. *in l. final. Codic. de pœn. iud. qui male iud. num. 5.* Robert. Marant. *in disputat. 10. num. 48.*

Andreas Alciatus *in tractat. de præsumpt. reg. 1. præsumpt. 51. num. 6.* statuit iudicem contra communem opinionem pronunciantem facere litem suam, si dolo malo id faciat, secus vero si culpa & per ignorantiam.

Et huius suæ opinionis fundamentum constituit *in l. final. Codic. de pœn. iud. qui male.* Nam ibi iudex dicitur suam facere litem quando precio deprauatus aut gratia perperam iudicauit. Ex quo sequitur quod dolo malo iudicis interueniente litem suam non faciat.

2. Pro eadem sententia clarior adhuc textus est *in l. filiusfam. 15. Digest. de iudic. §. 1.* vbi hæc in verba Vlpianus scribit: *Iudex tunc litem suam facere intelligitur cum dolo malo in fraudem legis sententiam dixit: Dolo malo autem videtur hoc facere, si euidens eius arguatur vel gratia, vel inimicitia, vel etiam sordes.*

Ergo, inquit Alciatus, litem suam non facit quando culpa saltem contra communem opinionem iudex pronunciat.

Cæterum hanc Alciati opinionem reiicit & improbat Ant. Coras. *d. tit. 12. n. 45.* propterea quod ex ignorantia etiam male iudicans vel ex imperitia litem

 suam

suam faciat *pr. I. de obligat. quæ quasi ex delict. nasc. in verb. licet per imprudentiam.* Atqui ignorantia vel imprudentia est culpa & culpæ annumeratur, per textum *in l. Imperitia. ff. de Reg. Iur.*

Nec huic sententiæ refragatur *d. l. fin. C. de iud. qui male iudic.* Nam in ea lege Imperator rescribit ad consultationem, de certa facti specie conceptam, qua iudex proponebatur dolo malo perperam iudicasse. Inde igitur non recte infertur quod iudex per imperitiam & culpam male iudicans litem non faciat suam, cum idem proculdubio, si de culpa & imperitia iudicis interrogatus esset, responsurus fuisset; id quod ex *d. pr. I. de obligat. quæ quasi ex delict. nasc.* intelligitur.

Ad alterum respondet Corasius: Illum textum *d. l. 15.* procedere quoad hoc vt iudex litem faciat suam sed vt teneatur ad veram litis æstimationem. Ego & sic respondendum existimo; vnius inclusionem non protenus esse alterius exclusionem: & ideo non sequi, iudex dolo malo imperite iudicans facit litem suam: Ergo non facit litem suam per ignorantiam sine dolo malo male iudicans: præsertim vero tunc vnius inclusio non est alterius exclusio, quando alio in loco illud expresse includitur; & quod illo in textu deest, in hoc suppletur: Iam vero clarus & rotundus textus est *in d. pr. I. de obligat. quæ quasi ex delict.* quod nempe iudex non solum dolo malo, sed etiam culpa perperam iudicans faciat litem suam, prout supra est demonstratum.

Mihi circa propositam quæstionem hoc modo distinguendum videtur, vt si communis opinio iusta nitatur ratione aut aperto fulciatur iuris textu, tum iudex contra eam pronuncians faciat litem suam, non tam quia contra sententiam communem Doctorum quam quia contra rationem iuris veram, aut contra legem pronunciauit. Sin vero opinio communis nulla iuris valida ratione nec textu euidenti nitatur, non existimo iudicem suam facere litem eo quod contra eiusmodi opinionem Dd. communem pronunciauerit.

Huic autem sententiæ prioris opinionis duo argumenta; Etenim iudex neque imperite, neque inique, neque male iudicasse dici potest quando contra opinionem communem neque textu, neque ratione subnixam pronunciauit.

Cum talis opinio error potius sit & somnium Doctorum quam vera legis sententia; Neque etiam eiusmodi communem opinionem, ratione & textu destitutam in iudiciis & foro obseruandam esse & supra respondi & prolixe demonstraui *in dict. disputat. 1. quæst. 43. volum. prior.*

Porro iudex male iudicans non solum in eo punitur quod sententia eius pro nulla declaratur aut per appellationem rescinditur, prout hactenus ostensum est, sed etiam præterea parti læsæ damnum resarcire tenetur *d. pr. I. de obligat. quæ quasi ex delict. l. vlt. Digest. de variis & extraordinar. cognit. l. 5. §. si iudex. Digest. de obligat. & act.* non tamen in solidum tenetur, sed in quantum facere potest, prout docet Gloss. *in d. l. vltim.* Nisi in dolo vel lata culpa iudex versetur, tunc quippe in solidum tenetur *l. filiusfam. 15. D. gest. de iudic.*

Quinimo hoc casu, quo non per imprudentiam, sed dolo malo, vtpote precio corruptus aut gratia inductus male & inique iudicat infamia notatur, triplum reddere cogitur in ciuilibus; in criminalibus vero confiscatis bonis in exilium ire iubetur *l. final. & authentic. Nouo iure Codic. de iudic. qui male iudic.*

Sed hic suboritur quæstio & controuersia elegans atque ad propositum omnino

Quæ. 41. *An quod iudex male iudicans, eo nomine expendit, recipiat?*

mnino pertinens; vtrum videlicet iudex qui male iudicauit, habeat ab ea parte pro qua sententiam tulit, eius quod hoc nomine exsoluit repetitionem? pro Affirmatiua opinione adducitur textus ex *l. Missi opinatores C. de exactor. tributor.* vbi iudicibus, qui per annum non exigentes, quod militibus debetur, de proprio exsoluere coguntur, reseruata est repetitio aduersus obnoxios, à quibus exigi pecunia non potuit. Iudici proinde, qui eius nomine quod male iudicauit aliquid expendit, pari modo reseruabitur eius repetitio.

Et hanc sententiam sequitur Speculator *in tit. de expens. §. postremo. n. 5. versic. & si iudex.*

Pro contraria autem negatiua sententia adducitur *l. Mancipia iunct. gloss. in fine pr. C. de seru. fugitiu.* vbi si defensor ciuitatis fuerit negligens in requirendo sollicitatore & reuocando seruo sollicitato, tenetur reddere duos seruos & pœnam soluere & id, secundum Baldum & Glossam, in pœnam quasi litis æstimationem præstando nullumq; ius requirit contra sollicitatorem cui ipse negligentia propria fauit. At hoc idem euenit in casu nostro, quia iudex male iudicans condemnatur propter negligentiam vel ignorantiam vel malitiam commissam in inferēdo sententiam iniquam.

Non obstat textus *in d. l. Missi opinatores.* Etenim B. ld. & Angelus respondent, eum textum procedere in executore simplici, qui facit litem suam ex negligentia mera executionis; Aliud vero esse in iudice, qui ex sententia iniqua facit litem suam, vnde non tantum debet puniri negligentia in faciendo quantum culpa, seu dolus inique iudicantis. Deinde respondent iudicem ibi soluisse illud, ad quod hi, contra quos ipsi reseruata est actio, debite tenebantur & efficaciter obstricti erant fisco iure actionis: Vnde cum iudex istorum negotia vtiliter gerat, liberando nos à propria solutione *l. soluendo. ff. de Negot. gest.* non est mirum si contra ipsos habeat actionem repetendi, sed secus est in proposita quæstione in qua iudex soluit, non quod pars victrix, sed ad quod ipsemet propria culpa vel dolo obligatus erat; vnde cum pœna suos tenere debeat auctores: Non est mirum si non est reseruata actio ipsi iudici contra partem victricem innocentem, Anton. Corat. *in d. tit. 12. n. 53. & sequent.*

Effectus sententiæ potissimum in eo consistit quod litibus finem imponit *l. 1. ff. de re iudicat. Res iudicata,* inquit Modestinus, *dicitur, quæ finem controuersiarum pronunciatione iudicis accipit.* Hinc ICtus Vlpianus *in l. 56. ff. de re iudicat. post rem,* ait, *iudicatam vel iureiurando decisam vel confessionem in iure factam nihil quæritur post orationem Diui Marci &c.* *Lit. B.*

Sed huic regulæ obiicitur primo textus *in l. 33. ff. de re iudicat.* vbi sententia litem & controuersiam non terminauit non finiuit, sed res denuo, retractata priori sententia, cognoscenda suscipitur.

Verum loquitur ille textus de sententia, quam quis, circumuento iudice, falsis testibus pecunia corruptis obtinuit: Huius admissi grauitas facit vt denuo cognoscatur de causa & animaduertatur in testes & eorum corruptores. Idem statuitur si sententia lata sit ex falsis instrumentis *tit. Cod. si ex falsis instrum. iud. sit.* Sed quæritur verumne hoc casu sententia sit ipso iure nulla, an vero per in integrum restitutionem rescindi debeat? Quæstionem hanc magni momenti esse ait Duaren. propter tempus restitutionis in integrum, quod hodie est quadriennii *in l. vltim. Cod. de tempor. in integrum. restitut.* Si enim subsistit ipso iure & per in integrum restitutionem rescindenda venit, tunc, quadriennio elapso, sententia amplius retractari & rescindi non poterit. Si vero ipso iure nulla est,

quæstio nullitatis ad 30. annos durat.

Et quod restitutione in integrum, per quam rescindatur sententia, opus sit hocce fundamento confirmatur quod *in d.l.33.D.de re iudicat.* verba Callistrati & Hadriani Imperatoris idipsum diserte suadere videantur: verba hæc sunt: *Diuus Hadrianus aditus per libellum à Iulio Tarentino, & iudicante eo falsis testimoniis, conspiratione aduersariorum testibus pecunia corruptis, religionem iudicis circumuentam esse, in integrum caussam esse restituendam, in hæc verba rescripsit: Exemplum dati mihi à Iulio Tarentino mitti tibi iussi, si tibi probauerit conspiratione aduersariorum & testib. pecunia corruptis oppressum se, & rem seuere vindica; &, si qua à iudice tam malo exemplo circumscripto iudicata sunt, in integrum restitue.*

Sed huic sententiæ obiicitur *l. si prætor. § Marcellus ff. de iudic.* vbi dicitur si per dolum sciens falso aliquid allegauit & hoc modo consecutum eum sententia prætoris liquido fuerit approbatum, iudicem debere querelam rei admittere. Vnde colligendum quod sufficiat nullitatis quæstio nec opus sit in integrum restitutione.

Verum Duarenus respondet illũ textũ loqui de sententia lata aduersus absentẽ, prout ex antecedentibus & consequẽtib. appareat: Nam *versic. Marcellus.* esse quãdã notam, quæ referri debeat ad præcedẽtia Iuliani verba quæ de sententia cõtra absentem lata fuerint concepta. Sed potest etiam ille textus intelligi de querela ad iudicem super restitutione in integrum facienda intelligi.

Obiicitur præterea textus ex *l. Cum vero §. subuentum. ff. de fideicomm. libert.* vbi si obreptum sit prætori, libertas non competit ipso iure, adeoq; cõtra libertatis dationẽ nõ opus est in integrũ restitutione.

Sed respondet & huic Duarenus: hoc fieri propter verba SCti: Si ii, à quib. libertatẽ præstari oportet, euocati, à prætore, adesse noluissent Hoc SC. factũ esse contra tenorẽ rationis, vt sententia feratur in absentem indicta causa: Non igitur temere à verbis eius recedendum esse interpretando.

Opponitur præterea textus *in tit. C. si tutor. vel curator. fals. alleg.* vbi si tutor vel curator falsum allegarit, decretum prætoris ipso iure est nullum: Sed hoc aiunt singulari fauore ætatis minorennis esse receptum & ideo ad consequentiam nõ producendum. *argum. l. quod contra. ff. de R. I. & l. quod vero. ff. de legibus.*

Adducitur præterea textus *titulo. Cod. si ex falsis instrum.* vbi si ex falsis instrumentis vel testibus iudicatum sit, ipso iure sententia nulla est: Nec enim illic vel minima restitutionis in integrum fit mentio.

Eodemq; accommodatur quoq; *l. qui agnitu ff. de except.* vbi dicitur non obstare exceptionem rei iudicatæ, nec vlla est mentio restitutionis prius impetratæ.

Quo etiam referri debet *cap. Cum venerabilis extr. de exceptionibus.* vbi expresse constituitur, quod etiam post sententiam ex falsis instrumentis latam opponi queat exceptio: quod fieri non posset si sententia ista ipso iure esset nulla.

Et hisce tribus postremo loco adductis fundamentis mouetur Duarenus vt statuat sententiam, in proposito casu, ipso iure esse nullam.

Ad Sextum vero ex *d. l. 33.* adductum respondet restitutionem in integrum non semper sumi pro auxilio isto extraordinario prætoris, de quo in tractat. de restitutione in integrum agitur, sed hoc in loco restitui causam dici quando de causa cognoscitur; reponi in pristinum statum quantum ad factum attinet, licet iure ipso statum non mutauerit.

Cæterum quod supra dictum fuit, sententiam finire litem id verum est si sententia in rem iudicatam transierit, nec intra tempus præfinitum ab ea sententia

tentiæ appellatum fuerit. Quoniam appellatio sententiam extinguit *l. 1. §. final. ff. ad Turpill.* vbi euidenter dicitur appellatione extinctum videri pronunciatum. Item appellatio suspendit sententiam *l. si causa cognita C. de transact.* ita vt interim, pendente appellatione, nihil operetur sententia, nullam sortiatur effectum, donec iudicis ad quem sententia confirmetur.

Quæst. 42 *An post iudicialem confessionẽ requiratur sententia?*

Sententiæ & rei iudicatæ comparatur confessio iudicialis, ait hic noster Author: Hinc *in l. 1. ff. de confess. Confessum pro iudicato haberi, vt qui quodammodo sua sententia damnetur.*

2. Idem *in l. sequent. 3.* id ipsum disertis verbis repetitur, *Confessum pro iudicato haberi.*

3. Idem plane asseritur *in l. post rem. 56. Dig. ff. de re iudicata.* dum Vlpianus hoc modo scribit: *post rem iudicatam vel iureiurando decisam, vel confessionem in iure factam nihil quæritur post orationem Diui Marci, quia in iure confessi pro iudicatis habebuntur.* Hinc etiam Interpretes nostri inferunt quod post confessionem rei in iure factam necessaria non sit sententia iudicis.

Sed huic valde aduersari videtur textus *in l. Cum fidei commissum. ff. de confess.* vbi expresse Africanus scribit, Eum, qui se debere fideicommissum cõfessus est, absoluendum esse, si constare cœperit quod nihil debeat. Vnde sequitur quod non sit absoluendus, sed condemnãdus si de eo non constiterit. Et frustra de cõfessi absolutione disceptaretur, si sententia post confessionem à iudice ferri non posset.

2. Idem adhuc clarius probat *l. Iulianus 3. eod. tit.* vbi confessum condemnandũ esse dicitur; Pauli verba hæc sunt: *Iulianus ait, confessum, certum se debere legatum, omnimodo damnandum, etiamsi in rerum natura non fuisset, etsi iam è natura recessit, ita tamen vt in æstimationem eius damnetur.*

3. In *l. si confessus ff. de custodia & exhibit. reor.* dicitur, *confessus, nisi sequatur sententia, non habetur pro criminoso.*

4. In *l. 5. ff. de confessis* dicitur *confessum, se sucbum debere condemnandum esse.*

5. In *l. proinde. 25. §. final.* dilucidius adhuc idipsum exprimitur, dum ita Vlpianus ait: *Notandum, quod in hac actione, quæ aduersus confitentem datur, iudex non rei iudicandæ, sed æstimandæ datur: Nam nullæ partes sunt iudicandi in confitentes.*

6 In *l. vlt. C. de exec. rei iudic.* dicitur reos siue conuictos siue confessos esse condemnandos.

In hisce textibus ad speciem inuicem pugnantibus valde laborent nostri interpretes.

Etenim Matthæus Wesenbec. *in paratitl. ff. tit. de cõfess.* distinguit vt si de plano & sine forma iudicii cognoscat iudex tunc sententia post confessionẽ corã isto iudice factam opus non sit: Sed iudex præcipere possit, vt intra legitima tempora quod confessum est præstetur. Sin autẽ ordine iudiciario procedatur, quoniam præcipuus ordo iudicii, præcipuũque momentum in sententia vertitur vt tunc pro more super confessione pronunciare debeat. *l. 3. l. 4. l. 5. ff. de confess.*

Vdalricus Zasius ad *d. l. 1 ff. de confessis* distinguit vtrum confessio facta ut ante litem contestatam, an vero post litem contestatam, vt priori casu reus confessus habeatur pro iudicato, nec alia sententia requiratur, atque ita intelligi debeat *tit. Dig. de confess.* quod etsi ibi non exprimatur verbis, materia tamen exprimi intelligitur, posteriori vero casu reus confessus debitum post litem contestatam, non habeatur pro condemnato ita vt non requiratur sententia: Quinimo, inquit, sententia est ferenda & hoc propter naturam, authoritatem & subsistentiam iudicii, quod tantum

tum receptum est post litem contestatam, & ita procedant & intelligi debeant contraria iura. *l. 5. l. 7. ff. de confess. l. proinde in fine. ff. ad L. Aquil.*

Praeterea idem Zasius *in d. l. 3. n. 2.* dicit confessum haberi pro iudicato non autem vere esse iudicatum, quia pro iudicato esse, siue haberi, significet & fictionem & effectum: confessus quippe ita habetur pro iudicato, vt deinde nihil amplius quaeratur & sola sufficiat confessio vt feratur sententia & hoc est haberi pro iudicato, per quod non excluditur vera condemnatio.

Caeterum hodie receptum esse dicit Wesenbecius vt vim potius probationis, quam sententiae obtineat confessio, & ideo sententia iudicis sit opus.

Vt porro confessio hunc, de quo modo dix mus, effectum habeat, requiritur vt ea in iudicio, siue in iure fuerit facta *l. vnic. C. de confess. l. 1. 3. 6. ff. eod.* Confessio enim quae fit extra iudicium non habet vim & effectum sententiae. Verum non sufficit confessionem coram quouis iudice factam esse, sed requiritur amplius vt coram competente iudice sit facta per textum *in l. 26. Cod. de liberal. caus.* Hinc si coram iudice incompetente fiat confessio, vt si studiosus coram magistratu oppidano confiteatur debitum, haec confessio ipsi non debet praeiudicare nec ex illa pro iudicato habetur. Nonnulli sane, quos refert Zasius, distiguunt, vt confessio coram incompetente iudice per eum facta, qui poterat prorogare iurisdictionem eiusdem iudicis, valeat quoniam eo ipso, quod confitetur sponte protogasse & consensisse iu iudicem intelligatur: Sin is qui confitetur coram incompetente iudice non possit prorogare iurisdictionem incompetentis illius iudicis, confessio non valeat tanquam iudicialis, sed pro extraiudiciali haberi debeat. Quam distinctionem facile admitto cum hac tamen declaratione vt si confessus sciuerit incompetentem esse iudicem, tunc confessio valeat sitque argumentum iurisdictionis prorogatae: Sin vero ignorauerit confessio pro extraiudiciali habeatur.

Requiritur insuper vt confessio sit rei certae: Ita quippe *in l. certum 6. pr. ff. de confess. Certum confessus pro iudicato erit: incertus non erit.*

Et ratio huius satis perspicua est: Cum enim sententia incerta regulariter non valeat vt ostendit Instinianus *in §. curare Inst. de act. tot. tit. de sentent. qua sine certa quantitate.* fieri non potest vt valeat confessio & vim atque effectum sententiae habeat, nisi rei certae sit Duaren, *ad tit. Dig. de confess.* Et bonum argumentum illud esse quod dicitur à sententia ad confessionem cum ex confessione oriatur sententia. Zasius *ad d. l. certum. 6. ff. de confess.*

Certum porro confiteri dicitur, qui ita confitetur vt appareat quod, quale & quantum sit *l. vbi ff. de verbor. obligat. l. certum. ff. si cert. pet.* Incertum vero eum ex confessione non constat quae, qualis & quanta sit res, de qua confessio facta est: Incertitudinem autem istam confessionis, ait Zasius esse triplicem: Aut generis generalissimi vt cum aliquis confitetur substantiam vel corpus, vt cum vnus petit bonum & reus confitetur quod debeat animal, dicitur confessus incertum in genere generalissimo, quia dando muscam posset liberar. Deinde aliam incertitudinem ait esse generis, vt cum vnus confitetur rem, vel corpus aliquod in genere, cum certam speciem siue indiuiduum illius generis peteret alter & haec confessio incerta est, nisi determinetur per qualitates, vt sic efficiatur certa species, quia genus determinatum qualitatibus fit species. Tertia incertitudo est in rebus fungibilib. sine certa determinatione qualitatis aut quantitatis, vt si quis confitetur triticum est confessio

fessio incerta, cum omne genus frumenti veniat appellatione tritici *l. triticum. ff. de verb. oblig*at. vel si confitetur vinum non adiecta qualitate & quantitate.

Amplius ad confessionem requiritur vt iuri & naturæ non repugnet per textum *in l. 14. §. fin. Digest. de interrogat. in iure faciend.* illic Iauolenus ait: *In totum autem confessiones ita ratæ sunt, si id, quod in confessionem venit, & ius & natura recipere potest.*

Nec huic aduersatur *l. Iulianus. 3. ff. de confess.* vbi dicitur, confessum esse condẽnandum etsi id quod confessus est, in rerum natura fuisset, etsi à natura recessisset: Etenim rerum naturæ non aduersatur id alicui deberi quod nondum est, esse tamen potest. Vnde eiusmodi res deberi & in stipulationem cæterosque contractus deduci palam est. Sic res quæ desiit esse in rerum natura etsi vere non debeatur, debetur tamen fictione quadam iuris, dum fingitur adhuc superesse & extare quæ superesse desiit, ad eum effectum vt loco eius æstimatio præstetur, nec debitor sua mora, culpa aut facto liberetur. Quocirca cum naturæ non repugnet res eiusmodi deberi, nec eidem contrarium erit aliquem fateri harum rerum debitum.

Postremo requiritur vt confessio facta sit in iudicio, præsente aduersario *l. 6. §. si quis absente. ff. de confess.* vbi diserte statuit ICtus eam confessionem reo non nocere, quæ sit facta actore absente & nullo relicto procuratore: Id quod duobus similibus declaratur, quia libertus quamuis quadam ratione naturali sit obligatus ad operas præstandas patrono, si libertus iurauerit se præstaturum operas absente patrono, hoc iuramentum non proderit patrono absenti. Deinde quia si sententia daretur pro eo, qui esset absens, ista sententia nihil valeret, nemini præiudicaret.

Sed huic obiicitur quod confessio ab actore in libello & à reo in exceptionib. vel positionibus defensionalibus facta nocet confitenti etiamsi sint porrecta iudici absente parte aduersa dummodo per iudicẽ parti exhibeantur. *l. Labeao. ff. de pact.*

Verum Zasius inter confessionẽ verbalem & confessionem in scripto factam hoc interesse putat quod verba emissa mox volant, nec possunt per iudicem retineri vt exhibeantur parti, quoniam iudex forte plus minusue notificaret parti; scripta vero maneant & durent, nec possint mutari, & sic possit fingi circa scripta pars præsens fuisse; quia scripta sunt manentia quæ nõ haberent locũ in verbis ex interuallo postea notificatis.

Sententiam porro istam quod confessio iudicialis fieri debeat partibus præsentibus, fallit nonnullis casibus ab Vdalrico Zasio notatis, quos hic recensere & adscribere placet.

1. Confessio iudicialis valet & nocet confesso etiam parte absente facta in omnibus casibus in quibus noceret sententia parte absente lata: quia confessio & sententia æquiparantur: Quando autem proferri possit sententia altera parte absente in præcedentibus ostensum & declaratum fuit.

2. Fallit quando plures sunt eiusdem litis consortes & vnus ex istis consortibus esset præsens, tunc etsi cæteri omnes essent abſẽtes, tamẽ valeret cõfessio.

3. Fallit præterea si adesset procurator partis absentis, quoniam sententia plerumque in procuratorem fertur.

Etsi porro præsumptio iuris & de iure eius sit efficaciæ vt contrariam probationem non admittat, prout supra *disput. 4. thesi 10. lit. D.* ostensum fuit, & alias indubitati & explorati est iuris. Attamen contraria confessione eius, pro quo militat, subuertitur atque eliditur.

Ratio autem duplex adfertur ab An-

traxisse matrimonium; idque propterea q ab eorū voluntate & potestate non dependet contractus & distractus matrimonii *cap. super eo. de eo qui cognou. consanguin. vxoris suæ.*

De extraiudiciali confessione in iudicium deducta & testibus probata an diluat & elidat præsumptionem iuris & de iure, quæstio & dubitatio est.

Pro negatiua pugnat Alciatus *in tract. de præsumpt. prælud. part. 2. num. 5.* Rationem hanc adducit Alciatus quod ratio, qua contra præsumptionem iuris & de iure admittitur contraria probatio, per confessionem facta est ista, quam & supra indicauimus, quod confessio longe maiorem habeat certitudinem, quam præsumptio iuris & de iure: Hæc autem ratio cesset quando confessio probanda est testibus, vnde illa minus est certa cæteris probationibus, quibus lata est sententia.

2. Quin & ista ratione monetur Alciatus, quod, ex sententia Ancheran. *consil. 350.* etsi statutum prohibens admitti probationes non intelligatur de confessione; hoc tamen non procedat, quando confessio probanda veniat testibus quoniam tunc ratio statuti militat, cui hac ratione facile foret fraudem facere.

3. Insuper hac quoque ratione adducitur Alciatus, quod, ex doctrina Baldi, *in l. filium quem habentem num. 37. versic. Ego breuiter. Cod. famil. hercisc.* is, contra quem stat præsumptio iuris & de iure non potest facere positiones. Igitur nec ad probandum admittatur per testes, quia quicquid in positionibus potest deduci, probari etiam potest *leg. sed etsi restituatur §. 1. Digest. de iudic. l. 2. §. quod obseruari Cod. de iureiur. propter calumniam.*

4. Additur præterea & hæc ratio, quod in proposito non sit simplex probatio, sed ex testibus & confessione Bald. *in l. 1. Cod. quib. ex caus. seru. pro præm.* Decius & Iason. *in l. certi condictio. ff. si cert. petat.*

Veruntamen pro contraria affirmatiua opinione, post Baldum, Salicetum & Angelum concludit Menochius *de præsumpt. 61. num. 16.* statuens, confessionem extraiudicialem, in iudicium deductam & testibus legitime probatam, sufficere ad præsumptionem iuris & de iure elidendam.

Ad contraria autem Alciati argumenta ordine respondet: Et quidem ad primum dicit illud non vrgere, quia quod per errorem confessio extraiudicialis fuerit facta, probandum, alioquin illi standum erit, cum error non præsumatur *l. Error. Cod. de iuris & fact. ignorant.* an vero per iocum sit facta, ex testium depositione & testimonio non erit difficile cognoscere; quod ipsum quoque circumspectioni iudicis relinqui debet vt diligenter hac de re testes examinet.

Ad secundum argumentum respondet Menochius, Ancharanum in citato loco respondere eo in casu, quo statutum expresse prohibuit probationem confessionis per testes, ex parte debitoris, qui vellet probare solutionem debiti, asserendo ita confessum fuisse debitorem. Et præterea sola Ancherani authoritas ad hanc stabiliendam assertionem non sufficit.

Ad Tertium respondetur, falsum esse quod positiones hoc in casu non admittantur regulariter, quia ab inuito possessio non potest, nec debet extorqueri: At in casu nostro quæstio est de confessione voluntarie facta. Ad Quartum & vltimum respondet Menochius Baldum in citato loco mihi scribere quod ad rem faciat: Iasonem vero & Decium loqui, in casu,

IIIi 2 quo

Opponitur etiam superiori assertioni nostræ *cap. Lator. extr. de re iud.* vbi sententia lata contra partem agentem vel ream rescinditur ex instrumento, pro matrimonio faciente, postea reperto.

Verum hoc partim ob singularem matrimonii fauorem, partim idcirco quia sententia in causa matrimoniali contra matrimonium lata nullo tempore in rem iudicatam transit, & ideo perpetuo ea impugnari potest.

Cæterum à prædicta superiori regula, qua dicitur, ex causa instrumentorum postea repertorum sententiam retractari non posse excipitur casus quo is, qui instrumenta, de nouo reperta, non potuit ante producere iustis impedimentis, vel quia perdiderit ea, & postea inuenit, vel quia erant in manibus alterius, à quo statim haberi non poterant, vel si quæ sunt similia impedimenta, si facit summariam fidem de eiusmodi impedimentis debet audiri & instrumenta debent admitti per textum *in l. si mater ff de except. rei iudicat.* Iason & Zasius *in d. l. 30.*

Deinde excipitur etiam casus, quo dolo malo aduersarii instrumenta actori sunt interuersa: Nam si postea, dolo aduersarii detecto, reperta fuerint debent admitti. Hoc exemplo declarat Zasius: Debitor inquit, soluit creditori & recepit cautionem obligatoriam, postea si creditor sciens se esse solutum repetat hoc debitum & reus forte non habeat ad manus cautionem obligatoriam quia dolo creditoris factum fuit, vt ista instrumenta interciderent, hoc casu compertis instrumentis etiam post sententiam audietur, per text. & Gloss. *in l. si fideiussor. §. in omnibus ff. mandat.*

Quæ. 44. *An sententia ex testamento postea reperto rescindatur?*

Hisce casibus exceptis stat regula quod sententia ex instrumentis postea repertis nequeat rescindi.

Sed hic quæritur anne hoc idem verum sit & procedat etiam in instrumento testamenti, ita vt si in causa testamentaria sententia fuerit lata, & post eam sententiam reperiatur testamentum sententiæ illi contrarium, rescindi exinde sententia queat?

Affirmat Duaren. *in comm. ad d. l. 35. ff. de re iudicat.* Idque sequentibus rationibus motus.

1. Transactio, ait, rescindi potest, quæ facta est, verbis testamenti non cognitis, neque inspectis, si postea reperiatur testamentum *l. de his ff. & Cod. de transact.* Atqui res iudicata similis est transactioni vnde à transactione ait rem iudicatam bonum ducatur argumentum: Quin etiam transactio maiorem habet vim & authoritatem quam sententia *l. 2. ff. de iureiurand.* Vnde si transactio potest rescindi ex testamenti instrumento postea reperto, multo certe magis rescindi potest sententia.

2. Iurisiurandum etiam retractatur propter testamentum postea repertum *l. vltim. C. de Reb. credit.* Ergo multo magis retractabitur eadem ex causa sententia, per textum *in d. l. 2. Digest. de iureiur.*

Cæterum Donell. *in comm. ad eand l. 35.* Contrarium defendit statuens quod nec ex causa testamenti, postea reperti sententia retractari valeat. Mouetur ista ratione quod textus supra adducti, nimirum *l. 35. ff. de re iudicat. & l. 2. C. de re iudicat.* loquantur generaliter, nec nullibi ab ista regula causa testamenti nouiter reperti excipiatur: Nec ad docendam & demonstrandam exceptionem sufficit ratio qualis qualis ex alio quopiam genere adducta; sed textu aperto ad eam constituendam opus est: Nam quod contra iuris communis regulam introductum est, non debet ad consequentiam produci *l. quod contra. ff. de Reg. Iur. & l. quod fero ff. d. legib.*

Nec ad rem facit quicquam argumentum Duareni primum, à trans-

IIIi 3 actione

actione ad rem iudicatam deductum: Ad illud enim respondet Donellus: quod propositum, non bene comparari rem iudicatam & transactionem, quia de iis controuersiis, quæ ex testamento pendent nisi inspectis & cognitis verbis testamenti, ne natura quidem transigi potest, quia lis tandiu nulla esse potest: At vero res ipsa docet, peti posse aliquid ex testamento, quamuis inde nihil debeatur & cum petitum fuerit, reum absolui vel condemnari posse.

Responderi fortassis & hoc posset; in transactione transigentes intelligi de eo solum cogitasse, quod in scriptura tabularum, quas tunc nouerunt, continebatur. *l. Non est ferendus. Digest. de transact.* quam rationem in sententia deficere, palam est.

Ad secundum argumentum respondet idem Donellus: Aliam esse causam eius, qui iudicio obtinuit sine dolo malo suo, aliam eius, qui sciens falsum iurauit, qui vt aliquid haberet, consecutus est periurio, quod ei prodesse per iniquum foret. Et hanc rationem constitutionis suæ *in d. l. final. C. de reb. credit.* Quod autem dicitur, iusiurandum parem ant etiam maiorem habere authoritatem & vim quam rem iudicatam, hoc ideo dici, ait Donellus, quia iureiurando quodammodo transigatur *d. l. 2. l. admonendi 31. ff. de iureiur.*

De Testibus post sententiam productis, quidnam dicendum, vtrumne per depositionem illorum, sententiæ contrariam, rescindatur ea, an minus, quæritur: Etenim de instrumentis solis conceptæ sunt supra adductæ leges: Sed tamen, quoad propositum, eandem plane esse rationem & condictionem testium & instrumentorum placuit.

Quoniam in exercendis litibus testes & instrumenta æquiparantur *l. in in exercendis Codic. de fide instrument.* vnde sub instrumentis continentur testes, v qui nihil minus causam instruunt quam instrumenta *l. ff. de fide instrum.*

Quapropter sicut propter instrumenta, post sententiam reperta, non rescinditur senteria; ita nec ob testes postea repertos atque productos. Vdalricus Zasius & Franciscus Duarenus *ad d. l. 35. ff. de re iudicat.*

Et hæc ita in causis priuatis procedunt: Aliud dicendum si negotium, in quo iudicatum est, sit publicum: Tunc enim regula aliter formanda erit, ita vt instrumenta nouiter reperta post sententiam contra Rempublicam latam, postea produci & ex iis sententia rescindi possit; causa tamen prius cognita; ita quippe *in d. l. 35.* tradit ICtus; Imperatores, iniquiens rescripserunt, quanquam sub obtentu instrumentorum nouorum restitui negocia minime oporteat: Attamen in negocio publico, ex causa permittere se, huiusmodi instrumentis vti.

Publicum negocium dicitur hoc loco quod ad fiscum & ciuitatem pertinet *l. Eum qui l. inter. Digest. de verbor. significat.* permittitur idcirco *in d. l. 35.* post sententiam instrumentis, nouiter repertis, vti fisco & ciuitati, si propter istorum instrumentorum defectum & inopiam prius victi fuerint.

Verum permittitur hoc saltem *ex certa causa*: Quod hodie emendatum esse, atque Reipublicæ intra tres annos post sententiam semper competere restitutionem propter instrumenta de nouo reperta, probari videtur per textum *in l. vnic. Codic. de sent. aduers. fiscum lat. retractant.* vbi hæc habentur verba: *Causas in quibus contra fiscum indicatum est intra triennium retractari posse & post id tempus, si preuaricatio arguatur vel manifesta fraus probetur, notum est.* E quibus verbis colligendum est, quod Respublicæ intra

triennium

triennium à tempore latæ sententiæ semper restituuntur; nec amplius certa ad hoc causa requiratur.

Sed Donellus *in d. l. 35.* statuit adhuc hodie requiri iustam causam vt contra sententiam post triennium Respublica restituatur; Et quidem duas esse causas ait: Vnam si aliqua fraus aduersarii arguatur, similiter vt in causis priuatorum, de quo ante diximus. Altera si remota omni fraude aduersarii fiscus aut Respublica, rem saluam aliter habere non potest, quam negotium restituendo: Id autem ita fieri ait, si aut is, qui negotium publicum prius egit non potuit copiam habere eorum instrumentorum, de quibus agitur, & omnino si in eo quod victus est, neque appellauit, omni culpa careat, aut non sit soluendo.

Nam curator Reipublicæ, vt ii qui priuata negotia administrant, culpam præstare debet; qua deficiente, non tenetur.

Idem dicendum si non sit soluendo administrator Reipublicæ vt ita actio aduersus ipsum comperens inanis constituatur *l. Nam u. ff. de dolo.* ita vt vtroque hoc casu Respublica aduersus curatorem suum rem seruare non possit: Hoc autem casu nouis instrumentis postea repertis recte cum eodem debitore Respublic. agere potest, quia satius est rem perire priuato, quam Reipubl. præsertim cum constet debitorem Reipubl. iniuria esse absolutum, aut Rempublicam, alio agente eſſe damnatam *arg. l. Etiam Codic. si tutor. vel curat. l. properandum Cod. de iudic.*

Sed hanc rationem reiicit expresse Zasius, propterea quod etsi administratores essent soluendo, adhuc tamen restitueretur Respublica *d. l. Etiam.* Vnde quamuis administratores Reipublicæ consueuerint esse negligentes non tamen nocere debeant Reipublicæ.

Ad *d. l. vnic. Codic. de sentent. aduers. fiscum lat.* respondet Donellus illam solum de tempore esse scriptam intra quod res aduersus fiscum iudicata retractari possit; & recte definiri quod non possit retractari nisi intra triennium; Illam vero quæstionem an & quando possit retractari ibidem non proponi, nec decidi, sed decisionem eius haberi *in d. l. Imperatores 35. Digest. de Re iudicat.* vt nempe possit quidem retractari sententia, sed non sine delectu, nec passim, sed causa cognita. Et ideo prædictam *l. vnic.* secundum hæc ita intelligendam esse, quod sententia contra Rempublicam lata, nouis postea repertis instrumentis retractari possit intra triennium, *sed causa cognita.*

Sed quæritur vtrumne hoc idem priuilegium, quod nempe intra triennium sententia ex instrumentis nouiter repertis impugnari possit, ad Ecclesiam extendi debeat? Pro Affirmatiua sententia hæc facit ratio, quod Ecclesia non minus sit fauorabilis atque Respublica seu fiscus Reipublicæ & ideo beneficium istud, Reipublicæ singulari fauore eius indultum, ad Ecclesiam extendi oporteat; quoniam quæ fauorabilia sunt ampliari & extendi, non vero restringi debent *cap. odia de Reg. Iur.* Quæ. 45. *An priuilegium hoc Reipubl. tributum ad Ecclesias extendi queat?*

Sed eidem repugnat textus *in capit. suborta extr. de Re iudicat.* vbi priuilegium Ecclesiæ post sententiam productum, non admittitur per regulam *d. l. 35.* quod sententia ob instrumenta nouiter reperta retractari non debeat.

Veruntamen etsi argumentum pro affirmatiua sententia adductum & à Republica ad Ecclesiam deducta non satis sit validū, quoniam cum priuilegia & exorbitantia extra personas & causas,

qui-

quibus sunt tributa, extensionem non admittant per textum *in §. sed & quod principi l. de iure Nat. gent. & ciuil. l. quod vero ff. de legib. l. quod contra. D. gest. de Reg. Iur.*

Alia tamen ratione ea opinio satis defenditur, quod nempe sententia in publica causa, siue publico in negotio lata possit praetextu instrumenti postea reperti, impugnari & rescindi *d. l. 35. ff. de re iudicat.* At Ecclesiae causa sit publica & negotium, Ecclesiam concernens reuera sit publicum, quoniam ius publicum illud dicitur quod in sacris & sacerdotibus consistit *l. 1. § huius studii Digest. de Iust. & iure. distinct. 1. can. ius publicum.* Nec repugnat *d. capit. suborta.* Nam Zasius respondet ibi tractari de priuilegio, titulum lucratiuum habente: aliud vero esse statuendum in instrumento nouiter reperto, quod habet titulum lucratiuum. Deinde alii respondent regulariter non posse sententiam, etiam in publico negotio latam, propter instrumenta nouiter reperta, retractari: At posse retractari causa cognita, siue si causa iusta subsit.

De Minore quaeritur an praedicto Reipublicae priuilegio gaudeat? Affirmant plerique propter *l. Respublica Codic. Ex quibus causis maiores.* vbi Respublic. & minores viginti quinque annis comparantur.

Accedit deinceps & ista ratio quod supra dicebatur Rempublicam tum demum ex nouis instrumentis sententiam impugnare posse, quando administratores in producendis instrumentis negligentes fuerunt, nec Respublica ab illis damni accepti restitutionem consequi possit. At vero minores quoque quandiu rem à tutoribus aut curatoribus seruare, & damni dati aestimationem consequi possunt, contra sententiam propter noua reperta instrumenta non restituuntur: *l. properandum C. de iudic. §. vltim.* Igitur, quoad praesens priuilegium, de quo agimus, minor & Respublica aequiparantur & sunt eiusdem conditionis. Et ita sentiunt ac statuunt Donellus & Zasius *in d. l. 35.*

Sed ab hac sententia recedere nihil omnino quicquam dubito. Etenim *in d. l. 35.* in genere definitur quod sententia propter instrumenta nouiter reperta retractari nequeat: Excipitur sola sententia de negotio publico lata; quae exceptio confirmat regulam in casibus expresse non exceptis.

Nusquam vero in toto iure reperitur à praefata regula exceptus minor 25. annis. Regulae proinde etiam quoad causam minoris tandiu erit standum vsque dum exceptio probetur.

Nec mouet quod quoad restitutionem in integrum comparentur & aequiparentur Respublica & minor: Animaduertendũ quippe est quod *in d l. Respubl. Cod. ex quib. caus. maior.* Respublica comparatur minori; Non vero vicissim minor Reipublicae: Nec vllus dabitur textus in quo dicatur minorem vti iure Reipubl. sicut *in d. l. Respubl.* dicitur Respublica vti iure minoris. Deinde prius ostensum est, quod exorbitantia & priuilegia ne quidem ex paritatis vel identitatis ratione extendantur ad alias causas vel personas: Nec ad exceptionem constituendam sufficit qualis qualis ratio, sed textus requiritur apertus, ita vt quod de regula mutatum non est sub ea contineri intelligatur *l. praecipimus Cod. de appellat.*

Illud porro hic quaeritur, si iudex in articulo mortis fateatur iniustam tulisse sententiam, anne ex sola hac confessione retractari sententia queat? Affirmandum hoc omnino videtur propterea, quod huic iudicis confessioni fides adhibenda cum quisque in mortis articulo constitutus, veritatem dicere & à mendacio, praesertim eo, quod in detrimentum

mentum tertii vergeret, abhorrere præsumitur, vtpote salutis æternæ memor *l. final. Cod. ad l. Iul. Repetund. l. absentem. ff. de pœn.*

Veruntamen Andreas Alciat. *in tractat. de præsumpt. regul. 3. præsumpt. 4.* communiter sic statui ait, confessionem istam ipsi quidem iudici confitenti præiudicare, tertio autem non præiudicare: Nec obstat allegata præsumptio, quod nempe moribundus & in agone constitutus sit salutis suæ æternæ memor: Hanc enim præsumptionem, ait Alciatus non procedere in præiudicium tertii cui ius iam esset quæsitum.

Baptista à Villal. de *comm. opin. lit. I. n. 115.* diserte hanc regulam ponit quod iudici vel testi, dicenti in articulo mortis, se iniquam tulisse sententiam, vel asserenti falsum se dixisse testimonium, non sit credendum. Quod tamen ipse hoc modo limitat: Nisi alias aliunde vel ex idoneis testibus, vel instrumentis probaretur quod iudex falsam tulerit sententiam.

Sed vt ut hæc sententia alias communiter sit recepta, non tamen iuri & legibus videtur satis & per omnia esse consentanea; quoniam nullibi in legibus hoc sancitum & constitutum reperitur, sed potius regula fit in contrarium quod nempe sententia rescindi temere non debeat *l. 2. C. de re iudicat.* à qua regula præsenti in casu recessum esse doceri non potest.

Lit. E.

Sententiæ, quæ modo in rem iudicatam transiit, hic præcipuus est effectus quod pro veritate habeatur. Ita *in l. 207. ff. de Reg. Iur.* Vlpianus scribit: *Res iudicata pro veritate accipitur.* Et *in l. Ingenuum. Digest. de stat. homin. ingenuum,* inquit, *accipere debemus etiam eum, de quo sententia lata est, quamuis fuerit libertinus, quia res iudicata pro veritate accipitur.*

Quod non ita accipiendum est quasi res iudicata proprie sit veritas quoniam sæpe accidit vt veritati repugnet ac contrarietur; & sententia quæ in rem iudicatam transiit, iniqua sit: sed ita proculdubio hoc erit intelligendum quod res iudicata præsumatur esse vera, & ita quidem præsumatur vt præsumptio ista sit iuris & de iure, nec contrariam probationem admittat. Hinc & supra allegatæ leges rem iudicatam esse veritatem *sed pro veritate haberi.*

Quæ. 46. An sententia etiam aliis ius faciat?

Merito quippe ista sententia quæ nullo remedio attentari, rescindi aut infirmari potest pro veritate habetur. Et sane ratio euidens est cur sententia quæ in rem iudicatam transiit rescindi amplius nequeat; Si enim quocumque tempore sententiam impugnare liceret, nullus daretur litium finis nec vlla inter homines pax constitui posset; id quod fini sententiæ maxime repugnaret. Sententiis proinde, ne lites sint immortales, tandem aliquando acquiescendum est *l. 1. l. 2. C. de R. iudicat.*

Sed huic obiicitur quod *in l. penult. ff. de his qui sui vel alien. iur.* dicitur sententiam iudicis non facere præiudicium veritati, sed lata sententia, adhuc de veritate quærendum esse.

Ad hoc respondetur in casu *d. l. penult.* controuersiam fuisse motam, vtrumne Titius esset filius; Iudicem vero de hoc non pronunciasse, sed de alio, quod nempe ali debeat: hæc vero pronunciatio & sententia non facit vllum motæ controuersiæ præiudicium: Et ideo licet res iudicata habeatur, pro veritate, vt dictum est, id tamen hactenus verum est, quatenus iudicatum est, non vltra: sententia quippe stricti est iuris, vt post dicetur.

Quin etiam pronunciatio de iure filii exigit plenissimam cognitionem, quam non exigit pronunciatio de alimentis; ideo ad decidendā super iure filii litem & controuersiam non sufficit pronunciari eum ali oportere Petr. Fab.

ad d. l. 207. & Anton. Fabr. *in rational. ad d. l. pen. ff. de his qui sui vel alieni iuris sunt.*

Sententiæ porro hic effectus est vt ius faciat, sed inter eos solum inter quos iudicatum est: aliis vero nihil omnino quicquam præiudicat. Textus hunc in rem expressus extat *in l. si seruus. 50. §. 1. ff. de legat.* 1. vbi Vlpianus ICtus dicit sententiam ius facere quod ad personam illorum, inter quos pronunciatum fuit. Atque huc pertinet regula ista iuris quod res inter alios iudicata, aliis non obsit *l. Modestinus. 10. ff. de except. tot. tit.* C. *quib. res iud. non noceat. tot. tit. Cod. res inter alios act. cap. quamuis extr. de re iudicat.* Ratio autem huius est quia res alia esse videtur propter diuersitatem personarum *l. Cum queritur. Digest. de except. rei iudicat.* quamuis eadem res idemque corpus sit petitum.

Sed huic obiicitur primo quod si quis pronunciatus fuerit ingenuus, ea sententia ius faciat inter omnes, *l Ingenuus. ff. de stat. hom.* nisi collusio interuenerit *l. 4. de collusionib. detegend.* Idem *in l. 1. in fine & l. 2. Digest. de liberal. caus.*

2. Opponitur deinceps quod cum populari actione vnus egerit, & victus sit, alius de eadem agens non auditur. *L. 3. §. si plures. ff. de lib. hom. exhib.*

3. Adducitur & illud quod si quis reum accusauit, & reus ea accusatione sit liberatus, aliud non admittatur ad eiusdem criminis accusationem. *l. si cui. §. 1. ff. de accusat.*

4. Aduersari etiam superiori regulæ videtur, quod si testamentum fuerit pronunciatum inofficiosum contra heredem, ea sententia noceat legatariis. *L. Papinianus. §. si ex causa. Digest. de inoffic. testam. l. qui repudiantis. §. vltim. eod. tit.*

5. Refragari itidem videtur, quod, si quis filius alicuius sit pronunciatus, aduersus alias etiam personas, qui se patrem non dicent, sententia ius faciat *l. 1. §. vlt. & l. 2. Digest. de liber. agnoscend.*

6. Impugnare eandem regulam videtur textus *in l. à sententia. Digest. de appellat.* vbi dicitur sententia inter alios dicta, appellari non potest, nisi ex iusta causa veluti si quis in cohæredum præiudicium se condemnari patiatur.

7. Obiicitur præterea *l. quidam 12. de euict.* vbi venditio facta ab vno herede nocet cæteris, si præsentes fuerint & consenserunt. Vnde idem dicendum est & in sententia, vt noceat cohetedi præsenti & scienti.

Producitur quoque aduersus prædictam regulam quod sententia lata contra debitorem noceat creditori.

8. Sic etiam *in l. Ab executore. §. 1. ff. de appellat.* dicitur, sententiam latam de pignore aduersus debitorem nocere creditori, si præsens fuerit: Absenti nullum præiudicium facere creditorem.

9. *In l. præses. Cod. de pignoribus,* dicitur non nocere creditori sententiam in duobus casibus, si debitor colluserit cum aduersario, item si non causa cognita, sed præscriptione superatus sit.

10. *In l. iudicata. §. vltim. Digest. de except. rei iudic.* non nocet sententia si debitor, non admonito creditore causam egerit. Igitur à contrario sensu, nocet sententia si debitor, admonito creditore egerit.

Ex hisce igitur fundamentis relucere videtur quod sententia non modo inter ipsos litigantes, inter quos lata est, sed inter alios etiam ius faciat.

Sed non est quod quenquam adducti textus moueant vt regulam verissimam supra traditam deserat.

Quod enim ad primum ex *d. L. ingenuum. Digest. de statu hom.* deductum, ad illud argumentum respondet Hotoman. *6 obseruat. 23.* in causis statum hominis concernentibus hoc singulare esse quod pronunciatio & sententia iudicis in il-

lis

lis inter aliquos prolata, in genere omnibus præiudicet; receptum hoc scilicet singulari illarum causarum fauore.

Duarenus etiam *in d.l.sæpe 63.Digest. de re iudicata.* ait, quod sententia inter alios quoque ius facit, id receptum esse in certis saltem causis; vt in causis status: Si igitur iudex pronunciauerit iusto contradictore præsente valere sententiam inter omnes.

Ad secundum & tertium respondet Donellus, idcirco in populari actione & publica accusatione hoc receptum esse vt vno aliquo agente, si reus sit liberatus, ab alio eadem actione non possit conueniri, non quia res prius iudicata posteriori noceat, sed quia posteriori nulla sit actio popularis reliqua, qua experiatur: Popularis actio non est constituta singulis è populo, sed comparata est duntaxat cuiuis è populo, vni tamen, non simul omnibus: Vnde pluribus existentibus, qui agant, ex omnibus vnus eligitur aut cuius maxime interest aut is qui maxime est idoneus *d. l.3.§.si plures Digest. de lib.hom. exhib.* & ideo vnus eam actionem occupando eam consumit; vt amplius nulli alii actio relinquatur.

Deinceps ait, dici etiam posse vno postea iterum agente populari actione eundem tamen agere, qui prius egerat, quisquis enim hac actione experitur, populus est, qui experiri videtur, non priuatus: Est quippe populi actio, non priuati, cum ea sit actio quæ ius suum populo tuetur *L.1. in fine. Digest. de populari act.* Et sane si hæc actio priuatorum esset non populi, quisquis haberet istam actionem locuplerior esset, & moriens eam ad heredes transferret: At vero nec locuplerior intelligitur, nec actionem popularē ad heredes transmittit. Quod si quis in popularibus actionibus vel accusationibus publicis quod sua priuatim interest, aut priuatum dolorem persequitur, quoniam hisce casibus tanquam priuatus agit, de re tanquam sua & priuata non nocet ipsi rei prius iudicatæ exceptio, dummodo doceat se ignorasse actionem ab alia institutam. *l.si cui.§.1.ff. de accusat. l.3.§.si plures.Digest.de lib. hom. exhibend.*

Ad quartum argumentum respondet Hotomannus quod sententia de inofficioso testamento lata aliis etiam, puta legatariis & fideicommissariis præiudicet, singulare id esse illius cæterorumque centumuiralium iudiciorum propterea quod inofficiosum iudicantes simul iudicarint defunctum testamenti factionem non habuisse *l. 2.l.5.l.17.§.1.ff. de inoffic. testament.*

Et Franciscus Duarenus ait hoc in casu inofficiosi testamenti singulariter receptum esse contra regulam iuris, quia principalis persona sit heres, quo contradicente, sufficiat pronunciatum esse: Interim tamen sententiam contra vnum ex heredibus latam alteri non nocere, etiamsi sciuerit causam agi, quia vtriusque propria sit defensio & neuter ab altero causam habeat, neuter alterum impedire possit ne experiatur.

Hugo Donellus *in d. l. 35.* respondet in adductis legibus, de inofficiosi testamenti sententia loquentibus tractari de accessionibus & consequentiis rei iudicatæ: Iuris autem esse vt sententia de re aliqua principali inter legitimos contradictores lata ius faciat, quoad accessiones inter quascunque alias personas eique noceat de accessionibus & consequentiis rei prius iudicatæ inter se quandoque contendentibus: Idque hac de causa, quia cum res principalis non consistit, ea, quæ inde solum pendent & efficiuntur stare & subsistere non possint *l. cum princip alis.ff. de Reg.Iur.* Et sane, in proposito, agitur inter heredem scriptum & legitimum de heredi-

tate, adeoque de testamento & heredis institutione: pronunciatur institutionem & testamentum non valere, itaque hereditatem pertinere ad heredes legitimos; & ideo quia de institutione heredis, quæ caput ac fundamentum est totius testamenti iudicatum fuit, idcirco hac euersa consequens est etiam vnà & simul libertatum dationes, legata, fideicommissa cæteraque quæ ex heredis institutione dependent eiusdemque sunt accessoria, corruere *d. l. Papinianus. §. vlt.* quæ res faciat vt legatariis aut seruis, quibus libertas data erat, postea agentibus, res iudicata in consequentiam noceat. Et quanquam inter alios iudicatum sit, tamen iudicatum est de re principali ex qua legata & libertates pendent, qua per sententiam euersa, cætera accessoria sua sponte concidunt, nec amplius deberi possunt, quibus relicta fuerunt.

Ad quintam obiectionem idem, quod ad proxime præcedentem, responderi debet: Etenim de causa status cum pronunciatum est, intelligitur de re principali pronunciatum esse & sic præiudicium fieri cæteris eius status accessoris, quæque ex statu dependent; sic ex eo quod quis Titii filius est dependet hoc tanquam aliquod consequens & accessorium quod cognatis Titii sit etiam cognatus. Sic ex eo quod quis pronunciatus est ingenuus dependet hoc, tanquam eius accessorium quod nullius debet operas tanquam patrono, nec honorem, nec reuerentiam. Si ergo actum sit contra Titium de partu agnoscendo, isque cuius nomine agebatur, filius Titii pronunciatus fuerit, hæc sententia faciet ius etiam aduersus Titii cognatos, quandocunque inter hunc Titii filium & illos de cognatione deque iure percipiendarum hereditatum actum fuerit. *d. l. 1 §. vlt. & l. 2. ff. de agnosc. lib.*

Ad Sextam obiectionem à Duareno respondetur, in vocabulo *præiudicium* latere aliquam ambiguitatem & æquiuocationem, & *in d. l. à sententia*, significare id quod adfert suspicionem aliquam & præsumptionem contra heredes, ex qua tamen suspicione & præsumptione coheredes non habeantur pro iudicatis & condemnatis, vnde etiam subiicitur, *sine appellatione tutos esse coheredes*, etsi condemnato iam coherede, cuius est eadem defensio, iudex propensior fit ad condemnandum.

Ad septimum respondet idem Duarenus argumentum procedere à dissimilibus quia *in d. l. 12.* quæratur de venditione, in qua sufficiat tacitus etiam consensus.

Ad reliqua tria posttema argumenta respondendum est, sententiam alii nocere cui primum defensio competit, si auctorem suum condemnari patiatur: At in omnibus illis tribus textibus eiusmodi proponuntur casus, quibus sententia, contra authorem lata, nocet successori, suum auctorem non defendenti.

Notandum etiam illud est, duabus ex causis fieri, vt si creditor conuentus super pignore, proprietatis litem ingrediatur & succumbat sententia debitori litem scienti noceat; Tum quia potior erat debitoris defensio super re sua propria, quam creditoris: Tum quia debitor poterat prohibere creditorem agentem.

Nec huic magnopere refragatur textus *in l. ante omnia. Digest. de probat.* vbi dicitur quod creditori rem pigneratam ad debitorem pertinere probare incumbat. Etenim Zasius ad *d. l. 63.* respondet distinguendo videlicet creditoré posse probare, si velit rem pignoratam ad debitorem spectare, & hoc etiam facere debere, si velit hypothecaria experiri & sic defendere pignus, aut possessionem à tertio auocare, quia teneatur docere hunc fundū pigneratum

inter

inter bona sua debitorem habuisse *l. si superatus pr. l. & qua nondum. §. quod dicitur. ff. de pignorib.* Nec difficilis est hæc probatio quia sæpe res alienas in bonis nostris habemus § 2. *I. de vi bonor. rapt.* & ideo hæc probatio ad creditorē pertinet. Quodsi vero intendit creditor probare dominium rei oppignoratæ esse apud debitorē, videlicet quod debitor sit verus dominus rei pigneratæ, quia istiusmodi probatio difficilima est *l. cum res. Cod. de probat.* idcirco ad creditorem non pertinet.

Illud porro in controuersiam vocatur, vtrumne, si cœpto iam tum iudicio, tertius quispiam superuenerit & rem de qua litigatur, sibi adiudicari petat impedire possit iudicium inter duos istos prius cœptum, ita vt iudex cogatur vna sententia omnium personarum controuersiam ac litem dirimere?

Affirmat post Baldum *in cap 1. § si duo ff. de pace tenenda.* Alciat. *in l. bona fides. ff. deposit.* Felin. *in cap. cum super. n. 11. de sent. & re iudicat.* Eidemque adstipulatur in controuersiis suis Andr. Fachin. *lib. 1. cap. 5.* vbi ait tertium illum interuenientem esse quidem audiendum, & si meliorem causam habuerit, rem illi adiudicandum fore: Cæterum si post inchoatum iam iudicium sit admissus processum inchoatum non retardari nec iudicem expectare cogi, donec is causam instruxerit, antequam sententiam ferat.

Et hanc suam sententiam confirmat per textum *in l. is à quo. 17. ff. de Rei vindic.* quo in loco diserte ostenditur priori illi qui actionem instituit per sententiam esse rem adiudicandam sic tamen vt caueat, quod si alter interueniens fundum euincat restituere eum velit eui:centi: Legis verba ita fere habent: *Is, à quo fundus petitus erat, ab alio eiusdem fundi nomine conuentus est. Quærebatur si alteri eorum fundum iudicis iussu restituisset & postea secundum alterum petitorem res iudicaretur, quemadmodum non duplex damnum traheret: Respondit vt priori iudex iudicaret, eum oportere ita petitori fundum restitui iubere, vt possessori caueret vel satisdaret, si ali er fundum euicisset, eum præstare.*

Et quanquam Iacobus Menochius *in consilio 488. lib. 5.* respondeat hanc legem loqui de eo casu, quo agitur de sententiæ executione, quam interueniens impedire & retardare nequeat; bene tamen Fachineus regerit verba ipsius legis repugnare, cum sic dicitur: *quærebatur si alteri eorum fundum iudicis iussu restituisset: Respondit vt priori iudex iudicaret &c.* Quę verba ait iudicare sententiam adhuc proferendam non autem executionem sententiæ latæ faciendam prout hoc ipsum sequentia etiam verba indigitent: *Eum oportere ita petitori fundum restitui iubere:* quæ verba conueniant sententiæ dictioni, non autem executioni.

Ad argumenta Alciati, quæ ad *d. l. bona fidei. 31. ff. deposit.* in contrarium producit in genere respondetur, etsi tertius admittendus sit & audiendus, ipsum tamen non posse impedire causæ, prius institutæ, exitum: Executionem & rei restitutionem, si de iure suo, antequam sententia à iudice proferatur, inter priores litigatores, impedire quidem posse: Interim tamen si tarde interuenerit iudicem non expectare cogi donec ipse causam instruat.

Illud quoque non parum controuertitur, vtrumne per sententiam iudicis dominium transferatur? Et quidem sententiam negatiuam veriorem esse iudico, propter sequentes rationes. Quæ. 47. *An sententia iudicis dominium transferatur?*

1. Dominium transfertur atq; tribuitur solum lege, SCto, quæ legis vim obtinent, itemque principum constitutionibus, adeo vt nec prætor nec consul facere quenquam alicuius rei dominum possit *pr. I. de bonor. poss. l. 3. ff. si vsusfructus pet. §. 1. de fideicomm. hereditat.* quocirca

falsum est quod iudex sua sententia possit aliquem facere rei alicuius dominum qui prius eius dominus non fuit.

2. Idque ex eo etiam intelligere licet quod iudicibus vnica hæc potestas fuerit permissa vt ex animi sui sententia pronunciarent, declararent, iudicarent rem illius esse aut illius non esse *l. Et ex diuerso. 35 §. 1. ff de Rei vindic. l. si inter. ff. de except. rei iudicat. l. Pomponius. 40. §. 1. ff. de procurator.* Franc. Hotomannus. *lib. 6. obseruat. 23.*

3. Addunt nonnulli & istam rationem, quod cum per sententiā res mea tibi adiudicatur, eo prætextu quod sit tua, error interuenire intelligatur: Error autem dominii translationem impedire soleat *l. 3. § subtilius. Digest. de condict. causa dat.* Si vero nullus error interueniat, sed res eius sit cui adiudicata & restitui iussa est, dominium per sententiam transferri nequeat, tum quia iam habes dominium & ideo tibi illud amplius acquiri nequit *§. sic itaque discretis Inst. de action.* tum quia sententia declarat saltem dominium ad te pertinere & ad hoc tendit actio instituta, non autem illud transfert *d. l. ex diuerso. §. 1. Digest. de Rei vindicat. l. Pomponius. §. sed & si. Digest. de procurator. l. sicuti. §. si quærebatur. Digest. si seruit. vindic.*

Cæterum quod sententia iudicis sit modus acquirendi & transferendi dominium hisce sequentibus rationibus probari videtur.

1. In *§. vltim. Inst. de offic. iudic.* expresse de mixtis actionibus ita scribit Iustinianus: *quod autem in istis iudiciis alicui adiudicatum fuerit, id statim eius fit, cui adiudicatum fuit.* Et quod per huiusmodi iudicis adiudicationem dominium acquiratur, tradit expresse Vlpianus *tit. Reg. 19.*

2. Idem quoque colligitur ex *l. statu liberi à cæteris. §. Quintus. Digest. de statulib.* dum ibi hæc in verba ICtus scribit: *Sed verissimum est quod Aristo Cœlius scripsit, posse pecuniam heredi ab intestato secundum quem sententia dicta est quoniam l. x 12. tabb. emptionis verbo omnem alienationem complecti videtur, nec interesse, quo genere quisque dominus fieret. Vnde haut obscure patet quod* per sententiam aliquis dominus effici possit.

3. Quin etiam idem clare euincere videtur textus *in l. 3. §. item quæri potest. ff. de reb. eorum.* dum illic dicitur: *Idemque erit dicendum, etsi fundus petitus sit qui pupilli fuit, & contra pupillum pronunciatum, tutoresque restituerunt. Nam & hic valebit alienatio propter rei iudicatæ authoritatem.*

4. Factum inquiunt à iudice intelligitur factum ab ipsa parte *l. si ob causam. Cod. de euict.* sed si pars condemnata rem traderet, ex iusta causa transferret dominium. Ergo & per sententiam iudicis transfertur.

5. Dominium, ex iusta causa rei traditione facta, transfertur §. *per traditionem Inst. de Rer. diuis.* Iam vero sententia iudicis est iusta causa, ex qua rei traditæ dominium transfertur.

6. Ex causis quibus à non domino re tradita vsucapiendi conditio acquiritur, si res à domino tradatur, dominium acquiritur; seu, quod idem est, quæ causa ad vsucapionem sufficiens est & idonea sen quoque ad dominii translationem & acquisitionem sufficiens esse censetur *l. clauibus. ff de contrahend. empt.* Iam vero vsucapiendi conditio acquiritur si per sententiam iudicis res adiudicetur *l. si per errorem. ff. de vsucap. l. Pomponius. §. si iussu. ff. de acquir. possess.* Ergo si res adiudicetur eius, qui dominus est transfertur dominium.

Verum enim vero, etsi hæc argumenta modo adducta, prima fronte appareant valde speciosa mihi tamen prior sententia multo videtur esse probabilior & veritati conuenientior.

Moueor

Moueor autem inprimis ista ratione, quod in toto iure nostro nuspiam inter modos acquirendi & transferendi dominiũ referatur sententia iudicis, ac ne quidem illis in locis, in quibus ex professo de modis, quibus dominiũ acquiritur, tractatur. 2. Deinde si agatur actione reali & pro actore iudicetur, ipseq; declaretur esse dominus, non certe in ipsum dominiũ hac sententia transfertur, quoniam iam tum dominus fuit; idcirco enim pro ipso pronunciatur quia est dominus, & quia rei dominium ad se spectare, etiam ante sententiam contendit ac probauit *l. 23. pr. ff de Rei vindicat.* iudex solum sua sententia ipsum dominum esse declarat *d. l. 35. §. 1. eod. tit.* quæ declaratio in ipsum dominium non transfert, sed illud iam ante penes actorem fuisse ostendit ac declarat. Quod si autem pro possessore contra actorem pronunciatum fuerit; & is sententia iudicis absolutionẽ consecutus sit, nec eo casu dominium in ipsum transferri certum est, quia iudex possessori nec dominum esse pronunciat, nec dominium ei adiudicat, sed ab actione solum ab instituta contra ipsum actione eum absolnit, de dominio nihil omnino pronuncians ex quo quidem colligi possit quod ad possessorem spectet.

In actionibus in personam arbitrantur quidem nonnulli translationem dominii per sententiã iudicis fieri, sed res longe aliter sese habet: Nam si, verbi gratia ex causa donationis, vel venditionis, vnde dominium transferri solet, personali actione agatur & iudex pro actore pronunciet iubeatque rem donatam seu venditã ei præstari ac tradi: Hic certe nõ per sententiam iudicis, sed per subsequentem traditionem ex causa donationis vel venditionis factam, in quam reus conuentus condemnatus fuit, res transfertur, vt plus quam euidentissimũ est. Nec me in contrariam sententiam mouent quæ supra adducta fuerunt. Nã ad primum ex *§. vlt. I. de offic. iudic.* adductum respondetur: In mixtis actionibus non tam indiciis adiudicatione & pronunciatione dominium illi tribui, cui adiudicatio facta est, quam lege duodecim tabularum, quæ arbitris horum trium iudiciorum potestatem dederit non tam adiudicandi dominii, quam diuidẽdi & suam cuique litigatori partem assignandi; cum iam ante dominium apud vniuersos esset Hotom. *d. obseruat. 23.*

Ad secundum argumentũ respondeo, quia sententia, præsertim si in rem iudicatam transiit, facit præsumptam veritatem, prout supra pluribus fuit demonstratum, idcirco si quis heres, & consequenter dominus serui hereditarii, esse pronunciatus fuerit præsumptũ habet dominium ex ista sententia, nõ quia dominium in ipsum per sententiam translatum censeatur, sed quia dominium ad ipsum per successionem iam tum translatum esse, ex sententia præsumatur: Aliud est dominium in alium ex sententia transferri, aliud, ex sententia translati dominii præsumptionem oriri.

Ad tertium consimiliter respondetur ex sententia iudicis, qua ad fundi restitutionẽ condemnauit pupillũ oriri præsumptam alienationem, quæ scilicet nõ intelligatur facta per sententiam, sed per traditionem; vnde etiam in adducta *l. 3.* non dicitur alienatio facta per iudicis sententiam, sed alienatio valere propter auctoritatem rerum iudicatarum, quæ in eo consistit vt quod iudicatum est, pro veritate habeatur.

Ad quartum argumentum respondeo in primis considerandum esse quænam sit vis sententiæ & quinam ipsius effectus. Etenim sententia minime adhoc cõparata est, vt aliquid alicui acquirat sed vt vel acquisitum vel acquirendũ esse declaret: sic si quis contendat sibi rem ex emptione deberi contendat & actione eam sibi tradi.

tradi postulet, sane non pronunciat Iudex rem venditam emptoris esse, vel ei acquisitam fuisse, sed vti peritum erat, pronunciat rem esse emptori tradēdam, & sic per traditionem dominium ineum transferendum. Cum igitur iudicis non sit pronunciare rem esse emptoris, aut ei acquisitam esse, consequens est falsum esse quod immediate ex sententia dominium in emptorem, seu eum, pro quo pronunciatum fuit, transferri.

Ad Quintum facilis est responsio: Nam sententiam non causam traditionis vnde dominium transferatur, ex hactenus dictis manifestum est; impellit quidem & cogit ad rem ex præcedente aliqua iusta causa tradendam & transferendam, sed quomodo hinc modus acquirendi dominium constitui possit non video.

Ad Sextum & vltimum respondeo sententiam iudicis, qua alicui res quæpiam tradi aut restitui est iussa, non esse titulum seu causam vsucapiendi, neque ex ea rem possessam præscribi, sed eum potius titulum, ex quo iussus est reus actori rem præstare: vt si iudex pronunciarit rem ex causa emptionis esse tradendam actori & traditio fuerit facta, vsucapitur res, si non fuerit tradentis, verum ex causa seu titulo emptionis. Deinde obseruandum est quod *in d.l. si per errorem. ff. de vsucap.* res fuerit possessa & vsucapta ex causa distributionis potius iudicialis, quam ex sententiæ seu rei iudicatæ titulo.

Lit. F. & G. Ex re iudicata datur exceptio rei iudicatæ aduersus priorem actorem, si rem de qua iudicatum est, denuo eadem ex causa petat *tot. tit. ff. de except. rei iudicat.* Datur deinceps & actio, quæ iudicati appellatur *l. §. 6. fin. ff. de re iudicat.* quo in loco ostendit Vlpianus, actionem iudicati certam & propriam habere naturam, nec referre qualis fuerit vetus actio; Id quod etiam *in l. 3. §. idem scribit. ff. de peculio.* innuitur: ibi enim ICtus ait; *Non originem spectandam, sed ipsam iudicati velut actionem.* Et ratio hæc est quod Iudicio quasi contrahitur, ex quo quasi-contractu iudicati actio nascitur: Nec obstat huic *l. si eum. §. qui iniuriarum ff. si quis caution.* vbi actio ex stipulatu, quæ surrogatur in locum actionis iniuriarum naturam eius retinet; nec ad heredem transit.

Respondet enim ad hanc obiectionem Duarenus ideo prædictā actionē ex stipulatu ad heredes non transire, quia ea agitur de reo iudicio sistendo: At si actio iniuriarum in heredes non transit frustra contra eosdem ageretur ex stipulatione iudicio sisti, vt qui isto in iudicio conueniri amplius non possent.

Dicitur autem hæc actio esse ciuilis, Cui obstare videtur textus *in l. 4. ff. de re iudicata.* quod in loco asseritur actionem iudicati ex edicto prætoris dari: Verum respondetur non quamuis actionem edicto prætoris propositam & quam prætor dare in edicto pollicitus est, esse prætoriam, quoniam prætoris erat actiones ex iure etiam ciuili descendentes dare litigaturis: Vnde *in l. 1. ff. depositi & l. 1. ff. commodati.* prætor pollicetur se actionem depositi, actionem commodati daturum esse; sed illa demum actio prætoria est, quam prætor edicto suo introducit *§. sed istæ I. de actionibus.*

Et deinde hæc actio iudicati personalis, quia illæ actiones personales sunt, quæ ex contractu vel quasi ex contractu nascuntur *§. 1. I. de act.* Iam vero actionem iudicati nasci ex quasi contractu probat euidenter *l. 3. §. 11. ff. de pecul.* quo in loco Vlpianus ita scribit: *Iudicati quoque patrem actione de peculio teneri, quod & Marcellus putat etiam eius actionis nomine, ex qua non potuit pater de peculio actionem pati. Nam sicut in stipulatione contrahitur cum filio, ita iudicio contrahi, proinde non originem iudicii spectandam, sed ipsam iudicati velut obligationem.*

tionem. Quod & tum verum esse arbitror quando actione in rem prius actum est, quia diserte ait Vlpianus *non originem iudicii spectandum, sed ipsam iudicati velut obligationem.*

Dicitur præterea hæc actio perpetua & rei persecutoria, quod indubitate verum est quando prior actio perpetua fuit & rei persecutoria: Quid vero si prius actione ex delicto descendente pœnali egerit & exinde damnatus fuerit? Anne & hoc casu actio iudicati erit rei persecutoria?

Affirmandum hoc videtur quia generaliter definitur *in l.6.§.vlt. ff de re iud.* actionem iudicati esse rei persecutoriam, seu rei persecutionem continere.

Deinde constat quod omnes actiones ex quasi-contractibus descendentes sint rei persecutoriæ. Ex quasi-contractu descendere actionem iudicati, ex *d.§.11.l.3.* demonstratum est.

Denique inepte restringeretur id quod *in d.§.vlt.l.6.* dicitur, ad actionem iudicati quæ secuta est ex causa rei persecutionem continente, cum de hac, quin rei persecutoria esset, dubitare stultum foret: Proinde dicendum est ICtum *in d.§.vlt.* hoc sentire, ex quacunque causa condemnatus quis sit, siue persecutionem rei contineat, siue persecutionem pœnæ, eo semel condemnato, iudicati actionem quæ exinde nascitur rei persecutionem continere.

Non refragatur huic sententiæ quod actio rei persecutoria illa sit, quæ id, quod ex patrimonio nobis abest persequitur *l.in honorariis Digest.de obligat.& actionibus.* Atqui ex furto & similibus delictis, damnatur aliquis in eam pecuniam, quæ alteri abest ex patrimonio; adeoque iudicati actio, quæ ex istis causis datur, non persequitur quod nobis abest ex patrimonio.

Verum respondetur, id quod pœnæ nomine nobis adiudicatum est iam rum ad nostrum spectare patrimonium ideoque cum iudicati actione petitur non originem iudicii, sed obligationem spectandam esse *d.l.3.§.11.ff de pecul.*

RESOLVTIO THESIS Vltima.

NOn sufficit porro sententiam latam & reum actori condemnatum esse, sed, vt sententia vires & effectũ sortiatur, inprimis requiritur vt sententiæ execu- tio fiat. *l.à Diuo 15.ff.de re iudicata.* Hanc autem non à Victore, sed à iudice fieri debere ostendit *d.l.15.pr.* Et ratio etiam huius euidentissima est, quoniam si pars victrix conaretur propria authoritate exequi sententiam, resisteret fortassis altera pars victa & sic facile ad digladiationes, pugnas & bella res perueniret. Et hoc est quod *in l.non est singulis. ff. de Reg. Iur.* dicitur, non esse singulis concedendum quod publice per magistratum fieri debet, ne occasio tumultibus præbeatur. *Lit. A. Quæ. 48. An victor propria authoritate sententiam pro se latam exequi possit.*

Sed ab hac regula excipiunt DD. nonnullos casus, quibus ipse victor sententiã pro se latam exequi potest. Et quidẽ primus casus est, si pars victrix non posset habere iudicem præsentem, qui exequeretur, & res pateretur periculum interitus vel aliud periculum quod adferret mora; tunc enim ipsi victori permittitur suam sententiam exequi. Bartol. *in l.hostes de captiuis.* Esset autem periculum interitus si verb. gr. equi & iumẽta fame conficerentur, si vineæ, agri negligerentur inculta, si tempus esset colendi vineas, nec aduersarius tradere vellet vineas.

Secundus casus & si sententia in causa status esset lata; Hanc enim à parte victrice ad executionem propria authoritate posse deduci ait Zasius: Etenim si per sententiam condemnetur seruus, quod sit actoris: filius quod sit patris, sententiã hanc victor exequetur propria authoritate, quia dominus qui ob-

tinuit seruum esse suum, sua manu ducet, nemine contradicente & trahet per vim, si ita necesse sit *arg. l. 2. & 3. C. de patria potest. l. placet ff. de acq heredit.* N. si forte ducendo seruū vel filiū excitaturi s esset tumultū propter filii, aut serui eorundemq; adsistentium resistentiam *arg. l. Non est singulis. ff. de R I.* Et nisi forte seruus aut filius à tertio aliquo detineretur: Tunc enim tertio huic vis fieri & seruus aut filius propria & priuata authoritate auferri nō debet, sed cōueniēdus est tertius iste iudicialiter ad hoc vt abs se seruū vel filiū dimittat argum. *d. l. Non est singulis ff. de R I. l. Extat. 13. ff. quod met. caus.*

Tertius casus est in domino temporali quoad subditos; Nam si dominus obtinuit per sententiam iurisdictionē territorii & obtinuit subditos esse suos non est alia executione opus, quā vt dominus exerceat iurisdictionē, mandādo, præcipiendo, cū hæc sit natura iurisdictionis vt etiam in inuitos & repugnantes exerceatur *l. inter stipulan. ē. §. 1. ff. de verbor. obligat.* Quartus est casus quādo iudex permittit parti, vt sententiam exequatur: Hæc enim promissio defendit factum propriæ authoritatis per textus *in l. dotis. C. solut. matrim. & l. pignoris. C. de pign. act.* argumēto ex illis testibus à contrario sensu deducto: Dum enim illic dicitur, dotem non posse inuadi, pignus non posse distrahi, citra iussionem iudicis, sequi videtur quod cum permissione iudicis possit id fieri; Nec eo casu, quo iudex victori permittit propria authoritate sentētiam exequi, pro eo haberi debet ac si pars ipsa priuata authoritate, sed quasi iudex per ipsum, quasi nuncium exequeretur sententiam Bartol. *in l. Eum qui §. si epistola. ff. de furt.*

Cæterum vt hæc sententia subsistere nequeat, valde vereor. Nec enim magistratus quicquam permittere potest alteri cum periculo Reipubl. cum eius officium in eo sit vt omne periculum, omne detrimentum à Republ. auer tat am vero cum præsentissimo Reipublicæ periculo coniunctum est sententiam parti victrici exequendam demandare, quoniam pars aduersa huic executioni procul dubio sese opponet & hinc occasio orietur rixarum, contentionum, pugnarū, tumultuū ac cædium *d. l. Non est singulis. ff. de R. I.* Et cum posset iudex alii quā victori executionem demādare; ratio sane nulla est quare parti victrici executionē tāto Reipubl. cū periculo permitteret.

Nec magnopere superius resistit argumentū ex *d. l. dotis & d. l. pignoris* desumptū: Est enim à contrario sensu deductū, quale vim concludēdi nō habet, quoties ratio & commodū Reipubl. in contrariū militat & absurdū aliquod ex eo consecuturū esset, Deinde loquūtur isti textus de eo casu, quo cōuenit inter vtrumq, actorē & reum vt posset actor possessionē pignoris vel dotis propria authoritate, atq; sic de consentiente loquitur debitore: At in proposito, quæstio est de debitore contrariante ac contradicente.

Ceterum sunt quidam casus quib. nulla opus est executione sentētiæ. Et quidē primus est in sententia lata in quæstione status, vt si filius per sententiā obtinuisset q Titius esset suus pater, qui eū pro patre agnoscere noluit: Hæc sententia quoad ius nō indiget alia executione, sed statim ipse filius vere & legitime est suus & pro eo indubitāter habēdus quoniam tales sentētiæ, prout ad præcedentē thesē demonstratū fuit, ius faciunt *l. ingenuū l. filiū ff. de statu hom.* sed quoad factū cōpelletur pater iuris remedis per iudicē vt agnoscat filiū, alat, educet *l si quis à liberis ff. de alend. & exhib. lib.* Secundus casus est in sentētia absolutoria: Hæc enim quoad rē ipsam principaliter petiā & in iudiciū deductā, nō indiget executione: Cū enim dicit iudex, absoluo reū à petitione actoris, reus habet, q voluit quodque intēdit, nō opus est executione, tutus enim est per exceptionē rei iudicatæ *l. 1. §. si debitori ff. vt in possess. legator.* Vdal.

2 if. ad l. Miles. §. qui iudicanti. ff. de re iudic. Et Andr. Gail. 1 obseruat. 113. n. 8. obseruãdũ ait q absolutoria sententia non habeat opus executorialibus: quoniã secũ statim liberationẽ & executionẽ trahit absq; aliquo nouo iudicis facto, vt quæ sciplam exequatur, cũ absolutus exceptione rei iudicatæ tutus sit. Additq; meminisse se victori executoriales in camera denegatas fuisse. Hoc vero, vt dixi, quoad rẽ ipsam principaliter petitũ verũ esse: quoad fructus enim & impensas si in illos quoque condẽnatus sit actor reo, executione opus erit. Executio præterea facienda est præcise in res in condemnationẽ deductas sic, vt iudex iubeat reũ condẽnatũ actori rẽ restituere, nec liberetur reus etsi vellet triplo plus soluere pro specie; multo igitur minus audietur, si paratus sit æstimationẽ pro specie præstare: Quæ sententia pbatur p textum in l. vbi, 75. ff. de verb. oblig. in cuius §. final. ICtus expresse ostẽdit rẽ debitã præcise & omnimodo præstandã esse: Hæc inquiẽs, stipulatio, fundum Tusculanum, dari, ostendit se certi esse: Continetq; vt dominiũ omnimodo efficiatur stipulatoris quoquo modo. Et sane ratio huius satis videtur esse evidẽs, q nimirũ sententia debeat esse cõformis libello ita vt de eo feratur sententia q libello petitũ, & in iudicium deductũ est. Sententiæ porro cõformis esse debet executio. Nec huic quicquã aduersatur textus in l. 57. de solut. vbi mel erat debitũ & ex stipulatione petitũ, diciturautẽ nõ mel sed æstimationẽ mellis, decẽ videlicet solui oportere. Etenim ad hunc textũ respondetur ibi aliquẽ stipulatũ esse nõ simpliciter mel, sed decẽ in melle, h. e. mel decẽ aureis æstimatũ; ex hac autẽ stipulatione nõ solũ mel, sed mel & decẽ deberi, alternatiue tamẽ, vt ab initio quidẽ in arbitrio debitoris sit vtrũ soluere velit, sed si neutrũ spõte soluerit, tũc occupatio & electio fit petitoris, ita vt si mel petierit reus decẽ ipsi inuito soluere nõ possint; Sin decẽ petierit, nõ possit reus ipsi mel soluere, nec ipse amplius mel eligere. Quocirca cũ decẽ non minus sint in obligatione & stipulatione, quã mel, dici nõ potest, in casu d. l. 57. decẽ tanquã æstimationẽ pro melle debito actori inuito præstari. Non obstat etiã q ex l. vinum. 22. de reb. credit. adducũt, q scilicet pro vino mutuo dato possit solui æstimatio. Nã considerandũ hoc est q vinũ ibi petatur in alia æstimatione, quã in qua præstari posset, & ideo necessario æstimationẽ ei substituendã esse. Deinde vinũ, quatenus merx est, cũ ad id cõparatũ sit, vt vendatur, idcirco si petitur, ad æstimationẽ huius aut illius temporis, quę ex distractione illius maior haberi potuisset, quã nũc possit, peti intelligatur. Parimodo nihil refragatur textus in l. 59. & 60. ff. de verb. oblig. vbi rei p stipulationẽ promissæ, æstimatio præstari dicitur & solũ illud quæritur ad quodnã tẽpus illa æstimatio præstari debeat. Etenim in d. l. 59. Iulianus hoc modo scribit: Quotiens in diẽ vel sub cõditione oleũ quis stipulatur eius æstimationẽ, pectari oportet, quo dies obligationis venit. Tũ enim ab eo peti potest; alioquin alias rei captio erit. Et Vlp. in d. l. 60. subiicit, Idẽ erit, etsi Capua certũ olei pondus dari quis stipulatus sit: Nam eius temporis fit æstimatio, cũ peti potest &c. Hoc, inquã, nõ obstat; Æstimationis siquidẽ mẽtio fit in istis legib. nõ quia oleũ, et si stipulatus fuerit æstimationẽ dando liberetis, sed quia oleũ talis est merx cuius æstimatio rationẽ temporis maior est, quã oleũ ipsum, si nũc præstaretur. Vnde cũ oleũ in ea bonitate, quę tetro fuit, præstari nõ possit, idcirco æstimatio præstãda venit. Hinc & Vlp. temporis & loci mẽtio fit in prædictis locis, quoniã æquum est preciũ, sine æstimationẽ, q ex loco & tempore variũ esse cœpit l. 3 Digest. quod cert. loco. præstari.

Quocirca in rẽ ipsam petitã, si quidẽ extat, nõ vero in æstimationẽ eius fieri debet executio. Sed quid si restituere aut præstare rẽ ipsam nolit reus, sed contumaciter spernat iudicis sententiã? Parata tũ sunt remedia: in iudicis quippe potestate est actori hoc casu deferre iusiurandum in litem, quo rẽ vltra eius precium

& veram æstimationem ex affectione in infinitum æstimet per textum *in l.1.ff. de in lit. iurand. l. 8. & l. 9. ff. eod. tit.* Deinde in potestate quoque est iudicis rem possessori manu militari auferre *l. qui restituere. ff. de Rei vindicat.*

Sed hoc in dubium reuocatur, anne in arbitrio iudicis sit iusiurandum in litem deferre vel non deferre, sed rem manu militari possidenti auferre?

Etenim Franciscus Duarenus & Iohannes Corasius *in l. 5. §. 1. ff. de in lit. iurand.* & Anton. Faber. *16. conect.* 17. contendunt ac statuunt, in iudicantis arbitrio positum non esse, an velit iusiurandum deferre: Idque ex sequentibus rationibus.

1. Quia iusiurandum in litem nunquam nisi ex necessitate iuris, deferri solet *l. vlt. ff. de in lit. iur.* & iis solum casibus quibus aliter satisfieri non posset strictæ rationi iuris aut æquitati. Atqui iudicis potestati & arbitrio acceptum ferri non debet, quod subiicitur iuris necessitati *l. 40. ff. de iudic.*

2. Quia iudex maxima iniuria afficeret dominum, si eum cogere vellet ad rem suam iusto precio vendendam, nec illum pro arbitrio rei suæ precium dicere pateretur: At vero hoc accideret, si iudex posset iusiurandum non deferre, *l. 8. ff. de in lit. iur.*

3. Quia iudex cogitur actori reum damnare, quanti in litem iuratum est. Ergo iudex cogitur actori iusiurandum in litem deferre.

4. Quia *in l. 4. §. 1. ff. de in lit. iur.* expresse Marcianus scribit, *iudicem oportere iusiurandum deferre.*

5. Quia per iusiurandum in litem dicitur puniendа contumacia non restituentis rem domino suo *l. 1. de in lit. iur.* Et res vltra verum precium arbitrio domini æstimanda *l. 8. ff. eod.* cui consequens videtur in arbitrio & potestate iudicis non esse, an velit iusiurandum deferre actori sed ad deferendum iure ipsum teneri.

Verum grauiter huic sententiæ aduersatur *d. l. 4. §. 2.* in qua Vlpianus expresse in arbitrio dicit iudicis esse deferre iusiurandum necne. Eodemque facit quod Marcianus scribit *in d. l. 5. §. 1.* in verb. *licuit enim & à principio nec deferre ff. de in lit. iur.*

Et quanquam Antonius Faber respondeat in legibus modo allegatis quicquid habetur Triboniani esse, non vero Vlpiani, nec Marciani; id tamen quale sit, quiuis æstimare potest: Non enim solum diuinatorium, sed satis etiam durum & violentum est.

Nec certe argumenta eius quicquam sententiæ nostræ refragantur: Quod enim primo ait, iusiurandum in litem nunquam deferri, nisi ex necessitate iuris, id sane fundamento destituitur: Quin potius *d. l. fin. ff. de in lit. iur.* contrarium demonstrat, quod non omne iusiurandum in litem ex necessitate deferatur. Verba quippe ista *qui ex necessitate iuris in litem iurauit*, distinctionis gratia sunt addita, non declarationis: Id quod amplius etiam confirmatur *d. l. 4. §. 2.* & *d. l. 5 §. 1. ff. de in lit. iur.* quibus asseritur nō cogi iudicem deferre. At cogeretur, si ex necessitate iuris deferretur ac præstaretur.

Non obstat etiam *secundum.* Nam quod Paulus *in d. l. 8. ff. de in lit. iur.* ait, idcirco iusiurandum in litem actori deferri, quia non sit æquum precio quanti res sit dominum cogi litem seu rem suam æstimare: Id nō probat q iudex ab initio cogatur iusiurandum deferre actori, sed quod, si detulerit iudex iusiurandum, non compellatur actor eo iureiurando rem ex veritate æstimare, eamque contumaci detentori suo precio vendere, sed concedatur ipsi actori arbitrio suo precium rei suæ statuere *d. l. 8. ff. de in lit. iur. l. 9. ff. rer. amot.*

Non

Non obstat *tertio* quod iudex cogatur actori damnare reum quanti in litem iuratum est: si enim detulerit iudex iuramentum in litem, cogitur id sequi, nisi magna causa aliud suadeat: Ab initio vero illud deferre minime cogitur.

Ad *quartum* respondeo, quod *in d. l. 4. §. 1.* dicitur iudicem oportere iusiurandum in litē deferre, id verba subsequentia eiusdem legis sic intelligi suadent, quod nempe si omnino deferendum sit iusiurandum, quod tum illud non alius, quam iudex deferre queat.

Ad *quintum* respondetur consequentiam negando, quia si delatum sit iusiurandum in litem, tum contumacia punienda est, & arbitrio domini res æstimanda: A principio vero iudex illud deferre præcise & absolute non cogitur. Hugo Donell. *in comm. ad l. 4. §. 2. ff. de in lit. iur.* quem nouissime sequitur Setzerus *de iuram. lib. 5. c. 3. num. 6.* circa propositam quæstionem distinguit, vt siquidem de dolo & contumacia rei non restituentis liquido constet, cogatur iudex iusiurandum istud deferre: Sin minus tum sit in arbitrio eius deferre iuramentum vel non.

Atque de hoc posteriori casu accipi debeant *d. l. 4. §. 2. & d. l. 5. §. 1.*

Sed distinctio hæc tolerari non potest.

1. Quia nullum habet in iure fundamentum, nec ex prædictis legibus vllo modo deduci potest.

2. Quia cum iusiurandum in litem affectionis contineat pœnam contumaciæ *l. 1. & l. 8. ff. de in lit. iurand.* non prius ei locus est, quam de dolo & contumacia constet, cum nulla decernatur & intelligatur pœna, nisi reus conuictus sit criminis.

Quapropter rectius, meo iudicio, distinguit Bortcholt. vt si reus rem adhuc possideat, eiusque restituendæ facultatem habeat, ex contumacia vero non restituat, liberum sit iudici iusiurandum deferri actori vel rem possidenti manu militari auferre: Sin vero desierit possidere dolo malo sic, vt non amplius in potestate eius sit domino rem restituere, tunc demum iudex ad iusiurandum affectionis deferendum compellatur: Cum hoc casu æstimatio præstanda sit actori, alia autem æstimatio siue manifesta iniquitate & iniuria actoris præstari nequeat, nisi ea quam ipse dominus iureiurando in litem definierit. *l. 8. ff. de in lit. iur. l. 9. ff. rer. am. ot. l. 68. §. si vero non potest. ff. de R. Vindicat. l. 25. §. 1. ff. solut. matrim.* Atque hac distinctione facile conciliantur & in concordiam rediguntur textus supra adducti. Quibus in ll. dicitur in potestate & arbitrio iudicis esse iusiurandum non deferre, illæ de eo casu, quo reus adhuc rei restituendæ facultatem habet intelligi debent: In quibus vero dicitur iudicem oportere iusiurandum deferre, *vt in l. 68. vers. si vero non potest. ff. de R. vindicat. l. 4. §. 1 ff. de in lit. iur.* illæ omnes de eo casu sunt accipiendæ, quo amplius rei restituendæ facultatem reus non habet: Nec vllam iniuriam facit actori iudex, quando iusiurandum ei non defert, sed rem quam reus non vult restituere, manu militari aufert, eamque actori restituit; siquidem hoc casu suum recipit, nec illud vendere possessori cogitur: Nec obstat quod hac ratione contumacia maneret impunita; siquidem penes iudicem est, an eam punire, an vero impunitam relinquere velit. Etsane hanc nostram destinctionem aperte confirmat *l. 68. ff. de Rei vindicat.* in qua Vlpianus: Qui restituere iussus iudici non paret, contendens non posse restituere siquidem habet rem, manu militari, officio iudicis ab eo possessio transfertur.

Equidem non ignoro Antonium Fabrum *6. coniect. 17.* istam legem 68. totam, vt spuriam, & à Triboniano sub

nomine Vlpiani suppositam, reiicere: Verum quam inepte & absurde, quilibet iudicare potest. Quod n. negatur manu militari posse rem possessori cōtumaci auferri, id sane pluribus legibus repugnat. Sic enim Vlp. *in l. 3. pr. ff. Ne vis fiat: Si quis missus fuerit in possessionem fideicommissi seruandi causa & non admittatur potestate eius inducendus est in possessionem, qui eum misit, aut si quis nolet vti interdicto. consequens erit dicere, interdictum locum habere Sed melius erit dicere extra ordinem ipsos iure sua potestatis exequi oportere decretum suum nonnunquam etiam per manum militarem.* Et *in l. 1. §. 2. ff. si ventus nom.* idem Vlpian. *Necessario prætor adiicit: vt qui per dolum venit in possessionē, cogatur decedere: coget autem eum decedere non prætoria potestate vel manu ministrorum, sed melius & ciuilius faciet, si eum per interdictum ad eius ordinarium remiserit.* Et Papinianus *in l. 36. de liberali causa. Dominus qui obtinuit, si velit seruum suum adducere litis æstimationem pro eo accipere non cogetur.*

Nec obstat quod, vt manu militari alicui res auferatur, id citra vim & impressionem, quam semper exosam habet legislator, fieri nequeat. Resp. etsi enim vim exosam habeant leges: sed tamen non de ea vi qua ad iuris executionem vtitur magistratus, sed de ea, quam priuatus priuato intentat, intelligi debet. Hoc sane innumeris legibus confirmatur. Et quid obsecro ius sine executore? At exequi sententiam suam vix possit magistratus, si tali violenta impressione ipsi interdictum esset.

Rursus non impedit quod legibus aperte sit cautum, ne vnquam omnino in priuatis negotiis priuatorum vel tuitio militaris, vel executio tribuatur *l. 1. Cod. de offic. milit. iud.*

Resp. Nam per manum militarem in legibus supra adductis non significatur impressio violenta, quæ fiat per milites sed ea quæ fit manu ministrorum *l. 1. §. 2. ff. Ne vis fiat.* Non ref agitur præterea quod ab executione non sit incipiendum, nec executio præcedere debeat condemnationem *l. 1. C. de execut. rei iud.* At præceptum illud iudicis rem restituere iubentis, non sit condemnatio, sed arbitrium, quod præcedere debeat condemnationem. Igitur manus ista militaris arbitrium insequens, condemnationem præcederet atque sic ab executione initium fieret.

Resp. Quod enim dicitur initium non debere fieri ab executione, nec executionem debere præcedere condemnationem, id de executione sententiæ accipiendum: At manus militaris non est executio sententiæ, sed arbitrii.

Quod si non certa species, seu certum aliquod corpus, sed quantitas id est pecunia vel aliqua alia res in pondere, numero & mensura consistens, in condemnatione fuerit, tunc iuxta ordinem & modum *in l. à Diuo. ff. de re iudicata.* præter ptum fit executio, sicut primo res mobiles, postea res immobiles condemnatio debitori auferantur & distrahantur atque precio exinde redacto debitum exsoluatur & victori satisfiat.

Si condemnatio in factum aliquod fuerit factum, executio fieri non potest in ipsum factum, sed fieri debet in id quod interest per textum *in l. 13. ff. de re iudicata.* vbi Celsus; *si quis,* in quit, *promiserit prohibere se, vt aliquid damnum stipulator patiatur & faciat; Neque ex ea re damnum aliquod patietur aut faciat, ita habetur, facit quod promisit; sin minus, quia non facit, quod promisit: In pecuniam numeratam condemnatur, sicut euenit in omnibus faciendi obligationibus.*

Illud tenendum est, executionem regulariter in totum & solidum illud quod in condemnationem continetur fieri debere; id quod in primis probat *l. 1. Cod. de cessione bonorum,* vbi Imperator Alex. eum quoq;, qui bonis cessit, in solidum creditori

tori obligari dicit. Et Iustin. *in §. sunt præterea quadam. 36. I. de action.* dum quasdam actiones dicit esse quibus non solidum obtineamus easdemque specialiter ac nominatim excipit, satis innuit quod regula sit in contrarium, quod nempe actionibus solidum id quod persequimur, obtineamus. Idem quoque indicare videtur *l. sunt, qui in id. 16. ff. de re iudic.* dum illic dicitur esse quosdam qui non in solidum, sed in id quod facere possunt, conueniuntur, illiq; in ista *l. & legib.* sequentibus ordine recensentur ac enumerantur; vnde rursus arguitur, regulam esse in contrarium, à qua regula exceptæ sint nonnullæ personæ, à quibus non possimus solidum obtinere, sed id solum quod interest.

Quæ. 49. An priuilegium competentiæ faciat vt ne quidem ab initio in solidum conueniri possint debitores?

Sed hic eligans nouiter quæstio, anne præsens hoc priuilegium, quod Interpp. nostri cõpetentiæ appellant, in eo consistat vt ne quidem ab initio personę illę, quibus tributum est, in solidũ conueniri possint, sed in id duntaxat, ꝙ facere possunt: An vero ab initio quidem conueniri possint in solidum, ita tamen vt personæ hoc priuilegio insignitæ exceptionem, opponere queant, & nisi exceptionem opposuerint in solidũ condemnari debeant: Et quidem pro priori opinione quod nec ab initio conueniri in solidum queant, sed conuenientæ sint in id, quod facere possunt, produci solet textus *in d. l. sunt, qui 16. ff. de re iud.* vbi Vlpian. ait esse quosdam qui in id ꝙ facere possunt *conueniantur.* Vnde liquet ꝙ in eos ab initio statim nõ in solidum conueniri queant, sed in id saltem quod facere possunt.

2. Sic etiam *in l. 4. ff. quod cum eo. in pr.* itidem mentio fit *conuentionis* non vero condemnationis, aut executionis.

3. Adstipulatur hisce textibus etiam *§. Sunt præterea. I. de act.* illic quippe Iustin, ait esse præterea quasdã actiones quibus non semper solidũ *persequamur*; sed modo solidum persequamur, modo minus quibus sane verbis aperte innuitur quod ab initio statim agatur in id saltem, quod reus conuentus facere potest.

Sed pro contraria faciunt *l. 18 19. & 20. ff. de re iud.* vbi expresse mentio fit condemnationis.

3. Deinde idem probat etiam textus *in l. 173. ff. de R. I.* vbi mentio fit extorsionis & exactionis: Vnde colligitur quod ab initio quidem in solidum agatur contra personas priuilegium competentiæ habentes, sed iudex in id saltem eas condemnet, quod facere possunt; nec totũ illis extorquere soleat.

3. Clarior adhuc textus est *in §. sunt præterea I. de action.* vbi Iustin. dicit, si minus inueniatur in peculio, quam actione de peculio fuerit petitum, tum eatenus iudicem debere condemnare patrem, quatenus in peculio sit; petitum igitur erat solidum, sed condemnatio facta erat in id quod pater facere poterat.

4. Idem confirmat etiam textus *in l. quotiens. 47. §. si semel. ff. de peculio.* in quo loco actum erat ab initio in solidum, sed postea in minus & id solum, quod pater facere poterat condemnatus fuerat.

Vt hosce textus apparenter contrarios in concordiam redigeret, resp. Zas. *in d. l. sunt qui 16. ff. de re iud.* olim variã fuisse rationẽ agendi: Ab initio potuisse reũ petere à prætore, vt adderetur exceptio: & tunc non solidũ fuisse dari iudicium non purum & simplex eamq, formulam iudicẽ secutum esse in iudicando. Potuisse præterea & iudicium simplex dari, non cõtradicente reo per errorẽ forte aliquẽ & tum consueuisse sequi cõdemnationẽ in solidũ; ita tamen vt in actione iudicati addita fuerit exceptio *l. item miles l. Nesennius. 41. §. vlt. Digest. de re iudicat.*

Sed mihi, aliorum rectius sentientium iudicio semper saluo, existimo optime adductos textus concordari & conciliari posse si dicatur vtrumq; esse verum ab initio agi potuisse in solidum & non

potuisse

potuisse agi in solidum: In solidum agi potuisse, sed ita vt integrum fuerit reo opponere exceptionem competentiæ eaque opposita condemnatus fuerit reus non in solidum, sed in id, quantum facere potuerit, ea vero non opposita reus fuerit in solidum condemnatus: Non potuerit in solidum ab initio agere, scilicet cum effectu vt etiam solidum cōsequeretur actor & in illud reus actori condemnaretur. Quæ conciliatio adductis vtrinque legibus quam optime congruit & inprimis confirmatur per sæpe allegatum textum *in d. §. sunt qui I. de actionibus.* Cum enim in principio illius textus dictum fuisset, actionibus quibusdam non semper solidum, quod nobis debetur, persequimur, subiicitur statim si minus inueniatur in peculio, quam petitum est, eatenus iudicem condemnare, quatenus in peculio sit.

Notandum autem primo est quod hoc beneficium personale sit, cum personale extinguatur & expiret, adeoque heredibus illorum, quibus competit, non possit, textus est expressus *in l. Maritum 12. & l. seq. ff. solut. matrimon.* vbi Vlpianus & Paulus ita scribunt: *Maritum in id, quod facere potest condemnari, exploratum est: sed hoc heredi non esse praestandum. Quia tale beneficium personale est & cum persona extinguitur.* Idemque etiam expresse confirmatur *in l. sciendum 25. ff. de re iudic.*

Etenim ita cum omnibus priuilegiis ac beneficiis comparatum est, vt si causæ vel rei tribuuntur in heredes & cæteros successores vniuersales transmittuntur, illisque prosint: Sin vero personalia sint cum persona cui tributa sunt, exitent *l priuilegia. l in omnibus causis id obseruatur. ff. de Reg. Iur.*

Nec obstat q̄ beneficiū cōpetentiæ, cōpetens marito in repetitione dotis, vt videlicet non in solidum, sed in id duntaxat conueniri possit quod facere potest, ad filios ipsius adeoque ad eius heredes transeat, prout sunt textus *in l. Etiam. Digest. solut. matrim. & l. sciendum. Digest. de re iudicat.*

Sciendum quippe est quod singulare hoc sit in liberis matris quæ ad dotem agit; cum illis enim humanius agi visum fuit, propterea quia & actricis sunt liberi, & simul patrem suum repræsentant. Duaren. *ad d. l. 13. Digest. solut. matrim.* & Donellus *ad l. 16. & sequent. Digest. de re iudicat.*

Obseruandum præterea est, quod hoc beneficium duabus potissimum conditionibus datur; quarū vna est vt is qui hoc priuilegium sibi arrogat, de sua conditione, ratione cuius istud sibi competere contendit, non sit mentitus. Hinc si verbi gratia filiusf. contracturus cum aliquo, mentitus sit, se esse patremfam. vt eum ad secum contrahendum alliceret, in solidum damnabitur *l. 4. ff. quod cum eo.* Siquidem generale hoc est, quod non decipientibus, sed deceptis iura subuenire soleant *l. 2. §. verba ff. ad SC. Velleian. l 2 Cod. si minor se maiorem dixerit.*

Altera conditio est, vt qui conuenitur dolo non fecerit quo minus solidum soluere & creditori satisfacere posset. Ita textus est *in l. 61. ff. de re iudicat.* vbi Paulus ait, *Si quis dolo fecerit, vt bona eius venierint, in solidum tenetur.* Concordant cum hoc textus *l. verum. §. hoc quoque. ff. pro socio l. vnic. §. Cum autem Codic. de rei vxor. act.* & huius rationem elegantem hanc reddit Donellus, quod semper dolus pro possessore habeatur *l. parem l. qui dolo ff. de Reg. Iur.*

Obseruandum insuper priuilegium hoc tribui solum illis, qui ex contractu conueniuntur, non vero iis dari, qui conueniuntur ex maleficio & delicto, vel etiam dolo suo. *l. 52. ff. de re indicat.* vbi dicitur, si rerum amotarum cum viro agatur, quanquam videatur ea quoque actio præcedentis societatis vitæ causam

causam habuisse, in solidum condemnari debet, quoniam ex malo contractu & delicto oritur. Idem denuo inculcat Pomponius *in l. 22. §. final. ff. de re iudicat.* Quod autem, inquiens, de sociis dictum est, vt & hi, in quantum facere possunt, condemnentur, causa cognita se facturũ prætor edicit: Causæ cognitio autem in hoc erit vt neganti se socium esse, aut ex doli clausula obligato succurratur, Excepti tamen sunt parens, patronus patrona, liberi parentesque patroni *l. parens. l. licet. ff. de obseq. à lib. præst.* Ratio eius redditur *in l. liberto. eod. tit.* quod scilicet liberto & filio semper honesta & sancta persona patris ac patroni videri debeat. Donell. *d. loco.*

Illud denique obseruandum hic est, quod, cum dicitur, *quasdam personas in id saltem condemnari quod facere possunt*, verbum, *possunt*, non accipiatur naturaliter, ita vt is facere dicatur, qui in bonis haber quod det, sed sumatur istud verbum hoc loco ciuiliter, ita vt ille dicatur facere posse, non qui potest, nulla habita ratione dignitatis & honestatis suæ, sed qui honestate & dignitate salua potest, arg. *l. 15. ff. de condit. institut.* Et ideo licet aliquis tantum suis in bonis habeat vt possit satisfacere creditori per rerum naturam, non autem possit salua honestate & dignitate sua, vt quia inopia & egestate laboraturus sit nec ad vitam honeste sustentandam habiturus subsidia, recte dicitur satisfacere non posse. Item solidum soluere non posse: Vnde præfatis personis competentiæ priuilegium habentib. permittitur tantum deducere, quantum condemnato sufficiat ad vitam & alimẽta. *l. 30. in fine. ff. de re iudic. l. si quis à liberis. §. Diuis. ff. de agnoscend liber.*

Lit. Fit porro executio non statim cum reus est condemnatus, sed post quadrimestre à tempore condemnationis elapsum. Hoc quippe sancitũ & cõstitutum est à Iustin. Imp. in *l. 2. C. de vsur. rei iud.* Cuius hæc sunt verba: *Eos, qui condemnati solutionem pecuniarum dependere iussi sunt, vltra quatuor menses à die cõdemnationis, vel si prouocatio fuerit peracta, à die confirmationis sententiæ connumerandos distulerint, centesimas vsuras eis inferri præcipimus, &c.* & in *seq. l. 3.* ait Imperator: *Sancimus, si quis condemnatus fuerit post datas à nobis quadrimestres inducias centesimas quidem vsuras secundum naturam iudicati eum compelli soluere; &c.*

Sed vtrum inducias hasce quadrimestres iudex possit coarctare, vel prorogare? Ad quam quæstionem respondet Vlpianus prorogari quidem tempus à iudice posse, at coarctari non posse: Verba ipsius hæc sunt: *Si quis condemnatus sit vt intra certos dies soluat: vnde ei tempus iudicati actionis computanius? vtrum ex quo sententia prolata est, an vero ex eo, ex quo dies statutus præterit? Sed siquidem minorem diem statuerit iudex tempore legitimo, repleatur ex lege quod sententiæ iudicis deest: Sin autem ampliorem numerum dierum sua definitione iudex amplexus est; computabitur reo & legitimum tempus & quod supra id iudex præstitit. l. 4. §. 5. ff. de re iud.* Quæ. 49. *Anne index possit quadrimestre tempus solutioni destinatum coarctare?*

Sed contra quod iudex non solum prorogare sed coarctare etiam possit tempus iudicati, idem Vlp. clare significat *in l. 2. ff. eod. tit.* hæc in verba scribens: *Qui pro tribunali cognoscit, non semper tempus iudicati seruat, sed nonnunquam arctat, nonnunquam prorogat, pro causa qualitate, &c.*

Accidit secundo & hoc quod ratio plane nulla dari possit, quare iudex legitimum iudicati tempus possit prorogare & extendere, coarctare autem non possit. Quin potius cum vtriusq; par eademque sit ratio, idem quoque in coarctatione quod in prorogatione ius constitui debet. Etenim idcirco iudex prorogare tempus potest, quia quisquis iudex est, qui sententiam dixerit, dummodo competens, rei iudicatæ standum est *l. 1. Codic. de re iud. l. Cum prolatis. ff. eod. tit.* Ad idem plane in coar-

 ctatione

ctatione temporis obtinere manifestissimũ est. Dicendum igitur videtur iudicem posse non minus coarctare quam prorogare iudicati tempus. Varie conciliari solet hæc antinomia quæ est inter *d.l.4.§ 5.& d.l.2.ff.de re iud.* Et quidem Fr. Duar.ad *d.l.2 & d.l.4.*§.5.ait Vlp.IC.*in l.2.* loqui non de quouis iudice, sed de eo, qui pro tribunali cognoscit, qualis est prætor Vrbanus, qui iurisdictioni præest. At *d.l.4.*§.5. loqui de iudice dato, siue pedaneo iudice, qui priuatus est, nullam iurisdictionẽ nullumq; imperium sed nudam duntaxat & simplicem notionem habet & ideo suã sententiã exequi non potest *l 15.ff. de re iud.* & consequenter non potest præfinire tempus magistratui, ad quẽ pertinet executio. Et hanc conciliationẽ approbat etiã Zas. *in d. l.2. n.1.ff.de re iud.* Et quando ei obiicitur ꝙ delegatus fungatur vice delegantis *l.1.* §. *qui mandatã.ff.de offi. eius cui mandat.est iurisd.* & idcirco eandem potestatẽ habeat quam magistratus, resp. Duar. negando iudicem datũ fungi vice magistratus qui dedit, cum nec iurisdictionẽ habeat nec imperium *arg. d. l. à Diuo.15.de re iud.* multisq; modis differat à delegato, siue eo cui à magistratu mandata est iurisdictio, quiq; delegantẽ repræsentare eiusdemq; officio fungi dicitur *in d.l.1.*

Sic etiã ad illud arg. ꝙ ab arbitrio compromissario ducunt ad iudicẽ datum, respondet, longe dissimilẽ esse rationẽ iudicis dati & arbitri compromissarii, teste Sen. *lib.3.de benefi.* vbi ait, *Melior videtur conditio causæ bonæ, si ad iudicẽ, quam si ad arbitrum mittatur, quia illum formula includit, & certos, quos non excedat, terminos ponit: Huius libera & nullis adstricta vinculis religio, & detrahere aliquid potest & adiicere, & sententiam suam, non prout lex, sed prout humanitas & misericordia impulit, regere.* Non igitur mirum est ꝙ iudex pedaneus non potest mutare tempus iudicati, arbiter autem compromissarius terminum solutionis præfigere, ac tempus iudicati determinare possit *l.si cum dies.§.vltim.ff. de recept.qui arbitr.* Verũ quo minus sententiæ huic subscribã, moueor inprimis hac ratione ꝙ ista ratio, ob quam dictum fuit, iudicẽ non posse arctare terminum, quod sc. ad formulã sibi præscriptã sit adstrictus, itẽ ꝙ ad ipsum nõ pertineat executio & ideo non possit magistratui, cuius est executio præfinire tempus; hęc inquam, ratio obtineat etiã in prorogatione temporis. Si n. coarctando nõ potest magistratui præfinire tempus, quomodo prorogando ei tempus præfiniet. Iam vero *in d.l.4.§.5.* prorogatio temporis iudicati nõ denegatur iudici pedaneo. Perplacet igitur mihi ꝙ ad *eand.l.4.*§ 5. Don. scribit *in d.l.2.ff.de re iud.* Vlp. asserere, iudicem tempus iudicati sua sententia arctare posse, neq; id negare *in d.l.4.*§ 5. sed hoc saltem innuere, cum iudicẽ qui minorem diem sententia cõplectitur, non arctare tempus legitimum. Quod si igitur iudex legitimum tempus nominatim reo adimeret hoc modo: condemno Lucium Titiũ vt intra 10. dies decẽ, quæ petita sunt, soluat, præcisa ei omni alia dilatione tunc standum foret sententiæ: Quocirca iudex, minorem diem sententia cõplectens, nõ arctat tempus, quamuis longius tempus sententia complectens, prorogat, quia contra sententiam fit quando cõdemnando ad soluendum non relinquitur illud tempus totũ quod sententia ei dedit: At non fit contra sententiam si minore constituto die condemnatus legitimũ etiã tempus retinet, quoniã iudex aliquod tempus sententia sua dando, non ideo legitimum adimere intelligitur. At vero nominatim & expresse iudex adimere & coarctare potest reo tempus iudicati, quia & prorogare potest: eius autem est coarctare, cuius prorogare *l Eius ff.de R.I.*

Sed rursus quod in iudicis vel magistratus potestate esse non debeat legitimum

tempus.

tempus mutare sequentibus fundamentis probari videtur: Nam primò nullibi in iure nostro hæc potestas tribuitur iudici & magistratui. Atqui prætoris factū iuri derogare non oportet *l. 1. ff. de ferijs.* non igitur valebit terminū legitimū mutare & vel arctare, vel prorogare. Deinde *in l. 5 C. de adult.* dicitur præscriptiones legibus reis datas, auferri non oportere. Deniq; *in l. Nem. C. de temp appell.* tempus legitimū ne rescripto quidē prorogatur. Multo igitur minus prorogari poterit sententia iudicāris, vel decreto magistratus. Veruntamē hæc obiectio nō euertet nostrā sententiā: Etenim variæ sunt Dd. respōsiones: Antiqui n. iuris Interpp. veluti Alex. Iohan. Andr. & Dyn. hoc modo distinguunt, vt quando lex non simpliciter terminū constituit, sed iubet constitui à iudice, vt *in l. ad peremptorium. de iud. l. 1. C. de dilat. l. orat. de ferijs.* tunc iudicis in manu sit mutare terminū iustā ob causam, cum vel prorogando, vel coarctando. Si a. simpliciter & sine ministerio iudicis lex terminū statuit, tum iudex nec prorogare nec coarctare terminū istum valeat. Sed hanc distinctionem improbant Duar. & Zas. Quod n. & eo casu, quo lex simpliciter terminum præstituit, possit iudex terminū mutare, euincunt *l. Except. C. de prob. l. peremptorias C. de sent. resc. c. pastoralis. de except.* vbi tempus exceptionum opponendarum iudex mutare potest, si animaduerterit malitiose differri oppositionē exceptionum.

Hac igitur repudiata opinione Vdal. Zas. secutus Bart. *in d. l. 2. ff. de re iud.* statuit hoc modo esse distinguendum, vt iudex possit tempora legalia prorogare vel decurtare cum causę cognitione, si cognita causa deprehenderit iustam subesse causam quæ suadeat termini ac temporis legalis fieri prorogationem vel coarctationem. At sine cognitione causæ non possit legalem terminum mutare. Mihi dicendum videtur quod terminum legalem simpliciter definitum ac præfinitum iudex mutare non possit, nisi lex hoc permittat, vt in casu nostro præsenti factum esse constat ex *d. l. 2. & l. 4. §. 5. ff. de re iud.* De hoc sane dubitare non licet ꝙ tempus legale & præsens etiā tempus iudiciali possit vel cōsuetudinib. vel statutis mutari & vel coarctari, vel prorogari. Ceterū cum hodie tempus iudicati sit quatuor mensium, quæstio est vtrum si antequam illud elabatur soluere paratus sit reus condemnatus, id facere possit inuito & repugnante creditore? Et hanc quæstionem resoluit Gaius *in l. intra certi dies. 7. ff. de re iud.* dum ibi in hęc verba scribit: *Intra dies constitutos, quamuis iudicati agi non possit; multis tamen modis iudicatum liberari posse hodie non dubitatur, quia constitutorum dierū spacium pro iudicato, non contra iudicatum per legem constitutum est.* Ecce hic aperte asseritur quod intra tempus istud legale contemnatus possit soluere, & soluendo sese liberare, addita ista ratione, ꝙ tempus istud semestre pro condemnato sit introductum & ideo huic, tanquam beneficio suo renunciare possit *l. pen. C. de pact.* Et si non posset soluere intra istud tempus, non pro condemnato sed cōtra eū introductū foret, ꝙ *in d. l. 7.* negatur. Verum quia hoc ipsum anne id ꝙ in diem debetur, inuito creditori solui possit, valde controuersum est, idcirco, ad præcedentem quæstionem eo melius intelligendā eam hoc loco enodare placet. Equidem Iac. Cuiac. *in l. 38. §. 16. ff. de V. oblig.* & Iohan. Borch. *in tr. d. V. oblig. c. 6. n. 37. & seq.* statuunt non posse debitorem soluere, inuito creditore, nec hunc cogi posse ad solutionē accipiendā.

Quæst. 51. *An debitor intra tempus quadrimestre inuito creditori soluere possit?*

1. Quia opportuno tempore & loco debitū offerre & solui debet *l. 32. ff. de vsur. l. si soluturus 39. ff. de solu.* vbi periculū dicitur esse debitoris, qui inopportuno tēpore vel loco obtulit: Atqui id, ꝙ in diem debetur, si alio, quam die constituto offeratur & soluatur, inopportuno tempore

falsum est quod iudex sua sententia possit aliquem facere rei alicuius dominum qui prius eius dominus non fuit.

2. Idque ex eo etiam intelligere licet quod iudicibus vnica hæc potestas fuerit permissa vt ex animi sui senteētia pronunciatent, declararent, iudicarent rem illius esse aut illius non esse *l. Et ex diuerso. 35 §. 1. ff. de Rei vindic. l. si inter. ff. de except. rei iudicat. l. Pomponius. 40. §. 2. ff. de procurator.* Franc. Hotomannus. *lib. 6. obseruat. 23.*

3. Addunt nonnulli & istam rationem, quod cum per sententiā res mea tibi adiudicatur, eo prætextu quod sit tua, error interuenire intelligatur: Error autem dominii translationem impedire soleat *l. 3. § subtilius. Digest. de condict. causa dat.* Si vero nullus error interueniat, sed res eius fit cui adiudicata & restitui iussa est, dominium per sententiam transferri nequeat, tum quia iam habes dominium & ideo tibi illud amplius acquiri nequit *§. sic itaque discretis Inst. de action.* tum quia sententia declarat saltem dominium ad te pertinere & ad hoc tendit actio instituta, non autem illud transfert *d. l. Ex diuerso. §. 1. Digest. de Rei vindicat. l. Pomponius. §. sed & is. Digest. de procurator. l. si cuti. §. si quærebatur. Digest. si seruit. vindic.*

Cæterum quod sententia iudicis sit modus acquirendi & transferendi dominium hisce sequentibus rationibus probari videtur.

1. In *§. vltim. Inst. de offic. iudic.* expresse de mixtis actionibus ita scribit Iustinianus: *quod autem in istis iudiciis alicui adiudicatum fuerit, id statim eius fit, cui adiudicatum fuit.* Et quod per huiusmodi iudicis adiudicationem dominium acquiratur, tradit expresse Vlpianus *tit. Reg. 19.*

2. Idem quoque colligitur ex *l. statu liberi à cæteris. §. Quintus. Digest. de statulib.* dum ibi hæc in verba ICtus scribit: *Sed verissimum est quod Aristo Cœlius scripsit, posse pecuniam heredi ab intestato secundum quem sententia dicta est quoniam l. ex 12. tabb. emptionis verbo omnem alienationem complecti videtur, nec interesse, quo genere quisque dominus fieret. Vnde haut obscure patet quod* per sententiam aliquis dominus effici possit.

3. Quin etiam idem clare euincere videtur textus *in l. 3. §. item quæri potest. ff. de reb. eorum.* dum illic dicitur: *Idemque erit dicendum, etsi fundus petitus sit qui pupilli fuit, & contra pupillum pronunciatum, tutoresque restituerunt. Nam & hic valebit alienatio propter rei iudicatæ authoritatem.*

4. Factum inquiunt à Iudice intelligitur factum ab ipsa parte *l. si ob causam. Cod. de euict.* sed si pars condemnata rem traderet, ex iusta causa transferret dominium. Ergo & per sententiam iudicis transfertur.

5. Dominium, ex iusta causa rei traditione facta, transfertur §. *per traditionem Inst. de Rer. diuis.* Iam vero sententia iudicis est iusta causa, ex qua rei traditæ dominium transfertur.

6. Ex causis quibus à non domino re tradita vsucapiendi conditio acquiritur, si res à domino tradatur, dominium acquiritur; seu, quod idem est, quæ causa ad vsucapionem sufficiens est & idonea seu quoque ad dominii translationem & acquisitionem sufficiens esse censetur *l. clauibus. ff. de contrahend. empt.* Iam vero vsucapiendi conditio acquiritur si per sententiam iudicis res adiudicetur *l. si per errorem. ff. de vsucap. l. Pomponius. §. si iussu. ff. de acquir. possess.* Ergo si res adiudicetur eius, qui dominus est transfertur dominium.

Verum enim vero, etsi hæc argumenta modo adducta, prima fronte appareant valde speciosa mihi tamen prior sententia multo videtur esse probabilior & veritati conuenientior.

Moueor

Moueor autem inprimis ista ratione, quod in toto iure nostro nuspiam inter modos acquirendi & transferendi dominiũ referatur sententia iudicis, ac ne quidem illis in locis, in quibus ex professo de modis, quibus dominiũ acquiritur, tractatur. 2. Deinde si agatur actione reali & pro actore iudicetur, ipseq; declaretur esse dominus, non certe in ipsum dominiũ hac sententia transfertur, quoniam iam tum dominus fuit; idcirco enim pro ipso pronunciatur quia est dominus, & quia rei dominium ad se spectare, etiam ante sententiam contendit ac probauit *l.23.pr.ff.de Rei vindicat.* Iudex solum sua sententia ipsum dominum esse declarat *d.l.35.§.1.eod.tit.* quæ declaratio in ipsum dominium non transfert, sed illud iam ante penes actorem fuisse ostendit ac declarat. Quod si autem pro possessore contra actorem pronunciatum fuerit; & is sententia iudicis absolutioné consecutus sit, nec eo casu dominium in ipsum transferri certum est, quia iudex possessori nec dominum esse pronunciat, nec dominium ei adiudicat, sed ab actione solum ab instituta contra ipsum actione eum absoluit, de dominio nihil omnino pronuncians ex quo quidem colligi possit quod ad possessorem spectet.

In actionibus in personam arbitrantur quidem nonnulli translationem dominii per sententiã iudicis fieri, sed res longe aliter sese habet: Nam si, verbi gratia ex causa donationis, vel venditionis, vnde dominium transferri solet, personali actione agatur & iudex pro actore pronunciet iubeatque rem donatam seu venditã ei præstari ac tradi: Hic certe nõ per sententiam iudicis, sed per subsequentem traditionem ex causa donationis vel venditionis factam, in quam reus conuentus condemnatus fuit, res transfertur, vt plus quam euidentissimũ est. Nec me in contrariam sententiam mouent quæ supra adducta fuerunt. Nã ad primum ex *§.vlt.I.de offic.iudic.* adductum respondetur: In mixtis actionibus non tam iudicis adiudicatione & pronunciatione dominium illi tribui, cui adiudicatio facta est, quam lege duodecim tabularum, quæ arbitris horum trium iudiciorum potestatem dederit non tam adiudicandi dominii, quam diuidẽdi & suam cuique litigatori partem assignandi; cum iam ante dominium apud vniuersos esset Hotom. *d. obseruat. 23.*

Ad secundum argumentũ respondeo, quia sententia, præsertim si in rem iudicatam transiit, facit præsumptam veritatem, prout supra pluribus fuit demonstratum, idcirco si quis heres, & consequenter dominus serui hereditarii, esse pronunciatus fuerit præsumptũ habet dominium ex ista sententia, nõ quia dominium in ipsum per sententiam translatum censeatur, sed quia dominium ad ipsum per successionem iam tum translatum esse, ex sententia præsumatur: Aliud est dominium in alium ex sententia transferri, aliud, ex sententia translati dominii præsumptionem oriri.

Ad tertium consimiliter respondetur ex sententia iudicis, qua ad fundi restitutioné condemnauit pupillũ oriri præsumptam alienationem, quæ scilicet nõ intelligatur facta per sententiam, sed per traditionem; vnde etiam in adducta *l. 3.* non dicitur alienatio facta per iudicis sententiam, sed alienatio valere propter auctoritatem rerum iudicatarum, quæ in eo consistit vt quod iudicatum est, pro veritate habeatur.

Ad quartum argumentum respondeo in primis considerandum esse quænam sit vis sententiæ & quinam ipsius effectus. Etenim sententia minime adhoc cõparata est, vt aliquid alicui acquirat sed vt vel acquisitum vel acquirendũ esse declaret: sic si quis contendat sibi rem ex emptione deberi contendat & actione eam sibi

tradi

tradi postulet, sane non pronunciat iudex rem venditam emptoris esse, vel ei acquisitam fuisse, sed vti petitum erat, pronunciat rem esse emptori tradẽdam, & sic per traditionem dominium ineum transferendum. Cnm igitur iudicis non sit pronunciare rem esse emptoris, aut ei acquisitam esse, consequens est falsum esse quod immediate ex sententia dominium in emptorem, seu eum, pro quo pronunciatum fuit, transferri.

Ad Quintum facilis est responsio: Nam sententiam non causam traditionis vnde dominium transferatur, ex hactenus dictis manifestum est; impellit quidem & cogit; ad rem ex præcedente aliqua iusta causa tradendam & transferendam, sed quomodo hinc modus acquirendi dominium constitui possit non video.

Ad Sextum & vltimum respondeo sententiam iudicis, qua alicui res quæpiam tradi aut restitui est iussa, non esse titulum seu causam vsucapiendi, neque ex ea rem possessam præscribi, sed eum potius titulum, ex quo iussus est reus actori rem præstare: vt si index pronunciarit rem ex causa emptionis esse tradendam actori & traditio fuerit facta, vsucapitur res, si non fuerit tradentis, verum ex causa seu titulo emptionis. Deinde obseruandum est quod *in d. l. si per errorem. ff. de vsucap.* res fuerit possessa & vsucapta ex causa distributionis potius iudicialis, quam ex sententiæ seu rei iudicatæ titulo.

Lit. F. & G. Ex re iudicata datur exceptio rei iudicatæ aduersus priorem actorem, si rem de qua iudicatum est; denuo eadem ex causa petat *tot. tit. ff. de except. rei iudicat.* Datur deinceps & actio, quæ iudicati appellatur *l. §. 6. fin. ff. de re iudicat.* quo in loco ostendit Vlpianus, actionem iudicati certam & propriam habere naturam, nec referre qualis fuerit vetus actio; Id quod etiam *in l. 3. §. idem scribit. ff. de peculio.* innuitur: ibi enim ICtus ait; *Non originem spectandam, sed ipsam iudicati velut actionem.* Et ratio hæc est quod Iudicio quasi contrahitur, ex quo quasi-contractu iudicati actio nascitur: Nec obstat huic *l. si eum. §. qui iniuriarum ff. si quis caution.* vbi actio ex stipulatu, quæ surrogatur in locum actionis iniuriarum naturam eius retinet; nec ad heredem transit.

Respondet enim ad hanc obiectionem Duarenus ideo prædictã actionẽ ex stipulatu ad heredes non transire, quia ea agitur de reo iudicio sistendo: At si actio iniuriarum in heredes non transit frustra contra eosdem ageretur ex stipulatione iudicio sisti, vt qui isto in iudicio conueniri amplius non possent.

Dicitur autem hæc actio esse ciuilis. Cui obstare videtur textus *in l. 4. ff. de re iudicata.* quod in loco asseritur actionem iudicati ex edicto prætoris dari: Verum respondetur non quamuis actionem edicto prætoris propositam & quam prætor dare in edicto pollicitus est, esse prætoriam, quoniam prætoris erat actiones ex iure etiam ciuili descendentes dare litigaturis: Vnde *in l. 1. ff. depositi & l. 1. ff. commodati.* prætor pollicetur se actionem depositi, actionem commodati daturum esse; sed illa demum actio prætoria est, quam prætor edicto suo introducit *§. sed istæ I. de actionibus.*

Et deinde hæc actio iudicati personalis, quia illæ actiones personales sunt, quæ ex contractu vel quasi ex contractu nascuntur *§. 1. I. de act.* Iam vero actionem iudicati nasci ex quasi contractu probat euidenter *l. 3. §. 11. ff. de pecul.* quo in loco Vlpianus ita scribit: *Iudicati quoque patrem actione de peculio teneri, quod & Marcellus putat etiam eius actionis nomine, ex qua non potuit pater de peculio actionem pati: Nam sicut in stipulatione contrahitur cum filio, ita iudicio contrahi, proinde non originem iudicii spectandam, sed ipsam iudicati velut obligationem.*

tionem. Quod & tum verum esse arbitror quando actione in rem prius actum est, quia diserte air Vlpianus *non originem iudicii spectandum, sed ipsam iudicati velut obligationem.*

Dicitur præterea hæc actio perpetua & rei persecutoria, quod indubitate verum est quando prior actio perpetua fuit & rei persecutoria: Quid vero si prius actione ex delicto descendente pœnali egerit & exinde damnatus fuerit? Anne & hoc casu actio iudicati erit rei persecutoria?

Affirmandum hoc videtur quia generaliter definitur *in l.6.§.vlt. ff de re iud.* actionem iudicati esse rei persecutoriam, seu rei persecutionem continere.

Deinde constat quod omnes actiones ex quasi-contractibus descendentes sint rei persecutoriæ. Ex quasi-contractu descendere actionem iudicati, ex *d.§.11.l.3.* demonstratum est.

Denique inepte restringeretur id quod *in d.§.vlt.l.6.* dicitur, ad actionem iudicati quæ secuta est ex causa rei persecutionem continente, cum de hac, quin rei persecutoria esset, dubitare stultum foret: Proinde dicendum est ICtum *in d.§.vlt.* hoc sentire, ex quacunque causa condemnatus quis sit, siue persecutionem rei contineat, siue persecutionem pœnæ, eo semel condemnato, iudicati actionem quæ exinde nascitur rei persecutionem continere.

Non refragatur huic sententiæ quod actio rei persecutoria illa sit, quæ id, quod ex patrimonio nobis abest persequitur *l.in honorariis Digest. de obligat. & actionibus.* Atqui ex furto & similibus delictis, damnatur aliquis in eam pecuniam, quæ alteri abest ex patrimonio; adeoque iudicati actio, quæ ex istis causis datur, non persequitur quod nobis abest ex patrimonio.

Verum respondetur, id quod pœnæ nomine nobis adiudicatum est iam tum ad nostrum spectare patrimonium ideoque cum iudicati actione petitur non originem iudicii, sed obligationem spectandam esse *d.l.3.§.11.ff de pecul.*

RESOLVTIO THESIS *Vltima.*

NOn sufficit porro sententiam latam & reum actori condemnatum esse, sed, vt sententia vires & effectũ sortiatur, inprimis requiritur vt sententiæ executio fiat. *l.à Diuo 15.ff. de re iudicata.* Hanc autem non à Victore, sed à iudice fieri debere ostendit *d.l.15.pr.* Et ratio etiam huius euidentissima est, quoniam si pars victrix conaretur propria authoritate exequi sententiam, resisteret fortassis altera pars victa & sic facile ad digladiationes, pugnas & bella res perueniret. Et hoc est quod *in l.non est singulis. ff. de Reg. Iur.* dicitur, non esse singulis concedendum quod publice per magistratum fieri debet, ne occasio tumultibus præbeatur. *Lit. A. Quæ. 48. An victor propria authoritate sententiam pro se latam exequi possit.*

Sed ab hac regula excipiunt DD. nonnullos casus, quibus ipse victor sentẽtiã pro se latam exequi potest. Et quidẽ primus casus est, si pars victrix non posset habere iudicem præsentem, qui exequeretur, & res pateretur periculum interitus vel aliud periculum quod adferret mora; tunc enim ipsi victori permittitur suam sententiam exequi. Bartol. *in l.hostes de captiuis.* Esset autem periculum interitus si verb. gr. equi & iumẽta fame conficerentur, si vineæ, agri negligerentur inculta, si tempus esset colendi vineas, nec aduersarius tradere vellet vineas,

Secundus casus & si sententia in causa status esset lata; Hanc enim à parte victrice ad executionem propria authoritate posse deduci ait Zasius: Etenim si per sententiam condemnetur seruus, quod sit actoris: filius quod sit patris, sententiã hanc victor exequetur propria authoritate, quia dominus qui ob-

 tinuit

tinuit seruum esse suum, sua manu ducet, nemine contradicente & trahet per vim, si ita necesse sit *arg. l. 2. & 3. C. de patria potest. l. placet ff. de acq heredit.* Nisi forte ducendo seruũ vel filiũ excitaturi s esset tumultũ propter filii, aut serui eorundemq; adsistentium resistentiam *arg. l. Non est singulis. ff. de R. I.* Et nisi forte seruus aut filius à tertio aliquo detineretur: Tunc enim tertio huic vis fieri & seruus aut filius propria & priuata authoritate auferri nõ debet, sed côueniẽdus est tertius iste iudicialiter ad hoc vt abs se seruũ vel filiũ dimittat argum. *d. l. Non est singulis ff. de R. I. l. Extat. 13. ff. quod met. caus.*

Tertius casus est in domino temporali quoad subditos; Nam si dominus obtinuit per sententiam iurisdictionẽ territorii & obtinuit subditos esse suos non est alia executione opus, quã vt dominus exerceat iurisdictionẽ, mandãdo, præcipiendo, cũ hæc sit natura iurisdictionis vt etiam in inuitos & repugnantes exerceatur *l. inter stipulan. §. 1. ff. de verbor. obligat.* Quartus est casus quãdo iudex permisit parti, vt sententiam exequatur: Hæc enim promissio defendit factum propriæ authoritatis per textus *in l. dotis. C. solut. matrim. & l. pignoris. C. de pign. act.* argumẽto ex illis textibus à contrario sensu deducto: Dum enim illic dicitur, dotem non posse inuadi, pignus non posse distrahi, citra iussionem iudicis, sequi videtur quod cum permissione iudicis possit id fieri; Nec eo casu, quo iudex victori permittit propria authoritate sentẽtiam exequi, pro eo haberi debet ac si pars ipsa priuata authoritate, sed quasi iudex per ipsum, quasi nuncium exequeretur sententiam Bartol. *in l. Eum qui §. si epistola. ff. de furt.*

Cæterum vt hæc sententia subsistere nequeat, valde vereor. Nec enim magistratus quicquam permittere potest alteri cum periculo Reipubl. cum eius officium in eo sit vt omne periculum, omne detrimentum à Republ. auertatam veto cum præsentissimo Reipublicæ periculo coniunctum est sententiam parti victrici exequendam demandare, quoniam pars aduersa huic executioni procul dubio sese opponet & hinc occasio orietur rixarum, contentionum, pugnarũ, tumultuũ ac cædium *d. l. Non est singulis, ff. de R. I.* Et cum posset iudex alii quã victori executionem demãdare, ratio sane nulla est quare parti victrici executionẽ tãto Reipubl. cũ periculo permitteret.

Nec magnopere superius resistit argumentũ ex *d. l. dotis & d. l. pignoris* desumptũ: Est enim à contrario sensu deductũ, quale vim concludẽdi nõ habet, quoties ratio & commodũ Reipubl. in contrariũ militat & absurdũ aliquod ex eo consecuturũ esset, Deinde loquũtur isti textus de eo casu, quo côuenit inter vtrumq, actorẽ & reum vt posset actor possessionẽ pignoris vel dotis propria authoritate, atq; sic de consentiente loquitur debitore: At in proposito, quæstio est de debitore contrariante ac contradicente.

Cęterum sunt quidam casus quib. nulla opus est executione sentẽtiæ. Et quidẽ primus est in sententia lata in quæstione status, vt si filius per sententiã obtinuisset ꝙ Titius esset suus pater, qui eũ pro patre agnoscere noluit: Hæc sententia quoad ius nõ indiget alia executione, sed statim ipse filius vere & legitime est suus & pro eo indubitãter habẽdus quoniam tales sentẽtiæ, prout ad præcedentẽ thes. demonstratũ fuit, ius faciunt *l. ingenuũ l. filiũ. ff. de statu hom.* sed quoad factũ côpelletur pater iuris remed is per iudicẽ vt agnoscat filiũ, alat, educet *l si quis à liberis ff. de alend. & exhib. lib.* Secundus casus est in sentẽtia absolutoria: Hæc enim quoad rẽ ipsam principaliter petitã & in iudiciũ deductã, nõ indiget executione: Cũ enim dicit iudex, absoluo reũ à petitione actoris, reus habet, ꝙ voluit quodque intẽdit, nõ opus est executione, tutus enim est per exceptionẽ rei iudicatæ *l. 1. §. si debitori. ff. vt in possess. legator.* Vdal.

2 . & ad l. Miles. §. qui iudicanti. ff. de re iudic. Et Andr. Gail. t. obseruat. li3. n. 8. obseruádũ ait quod absolutoria sentẽtia non habeat opus executorialibus: quoniã secũ statim liberationẽ & executionẽ trahit absq; aliquo nouo iudicis facto, vt quæ seipsam exequatur, cũ absolutus exceptione rei iudicatæ tutus sit. Additq; meminisse se victori executoriales in camera denegatas fuisse. Hoc vero, vt dixi, quoad rẽ ipsam principaliter petitũ verũ esse: quoad fructus enim & impensas si in illos quoque condẽnatus sit actor reo, executione opus erit. Executio præterea facienda est præcise in res in condemnationẽ deductas sic, vt iudex iubeat reũ condẽnatũ actori rẽ restituere, nec liberetur reus etsi vellet triplo plus soluere pro specie; multo igitur minus audietur, si paratus sit æstimationẽ pro specie præstare: Quæ sentẽtia probatur per textum in l. vbi. 75. ff. de verb. oblig. in cuius §. final. ICtus expresse ostẽdit rẽ debitã præcise & omnimodo præstandã esse: Hæc inquiẽs, stipulatio, fundum Tusculanum, dari, ostendit se certi esse: Continetq; vt dominiũ omnimodo efficiatur stipulatoris quoquo modo. Et sane ratio huius satis videtur esse evidẽs, quod nimirũ sentẽtia debeat esse cõformis libello ita vt de eo feratur sententia quod libello petitũ, & in iudicium deductũ est. Sentẽtiæ porro cõformis esse debet executio. Nec huic quicquã aduersatur textus in l. 57. de solut. vbi mel erat debitũ & ex stipulatione petitũ, dicitur autẽ nõ mel sed æstimationẽ mellis, decẽ videlicet solui oportere. Etenim ad hunc textũ respondetur ibi aliquẽ stipulatũ esse nõ simpliciter mel, sed decẽ in melle, h. e. mel decẽ aureis æstimatũ; ex hac autẽ stipulatione nõ solũ mel, sed mel & decẽ deberi, alternatiue tamẽ, vt ab initio quidẽ in arbitrio debitoris sit vtrũ soluere velit, sed si neutrũ sponte soluerit, tũc occupatio & electio sit petitoris, ita vt si mel petierit reus decẽ ipsi inuito soluere nõ possint; Sin decẽ petierit, nõ possit reus ipsi mel soluere, nec ipse amplius mel eligere. Quocirca cũ decẽ non minus sint in obligatione & stipulatione, quã mel, dici nõ potest, in casu d. l. 57. decẽ tanquã æstimationẽ pro melle debito actori inuito præstari. Non obstat etiã quod ex l. vinum. 22. de reb. credit. adducũt, quod scilicet pro vino mutuo dato possit solui æstimatio. Nã considerandũ hoc est quod vinũ ibi petatur in alia æstimatione, quã in qua præstari posset, & ideo necessario æstimationẽ ei substituendã esse. Deinde vinũ, quatenus merx est, cũ ad id cõparatũ sit, vt vendatur, idcirco si petitur, ad æstimationẽ huius aut illius temporis, quę ex distractione illius maior haberi potuisset, quã nũc possit, peti intelligatur. Pari modo nihil refragatur textus in l. 59. & 60. ff. de verb. oblig. vbi rei per stipulationẽ promissæ, æstimatio præstari dicitur & solũ illud quæritur ad quodnã tẽpus illa æstimatio præstari debeat. Etenim in d. l. 59. Iulianus hoc modo scribit Quotiens in diẽ vel sub cõditione oleũ quis stipulatur eius æstimationẽ spectari oportet, quo dies obligationis venit. Tũ enim ab eo peti potest: alioquin alias rei captio erit. Et Vlp. in d. l. 60. subiicit, Idẽ erit, etsi Capua certũ olei pondus dari quis stipulatus sit: Nam eius temporis fit æstimatio, cũ peti potest &c. Hoc, inquã, nõ obstat; Æstimationis siquidẽ mẽtio fit in istis legib. nõ quia oleũ, et si stipulatus fuero æstimationẽ dando libereris, sed quia oleũ talis est merx cuius æstimatio tandem temporis maior est, quã oleũ ipsum, si nũc præstaretur. Vnde cũ oleũ in ea bonitate, quę retro fuit, præstari nõ possit, idcirco æstimatio præstãda venit. Hinc & Vlp. temporis & loci mentio fit in prædictis locis, quoniã æquum est preciũ, siue æstimationẽ, quod ex loco & tempore variũ esse cœpit l. 3 Digest. quod cert. loco. præstari. Quocirca in rẽ ipsam petitã, si quidẽ extat, nõ vero in æstimationẽ eius fieri debet executio. Sed quid si restituere aut præstare rẽ ipsam nolit reus, sed contumaciter spernat iudicis sententiã? Parata tũ sunt remedia in iudicis quippe potestate est actori hoc casu deferre iusiurandum in litem, quo rẽ vltra eius precium

Non obstat *tertio* quod iudex cogatur actori damnare reum quanti in litem iuratum est: si enim detulerit iudex iuramentum in litem, cogitur id sequi, nisi magna causa aliud suadeat: Ab initio vero illud deferre minime cogitur.

Ad *quartum* respondeo, quod *in d. l. 4. §. 1.* dicitur iudicem oportere iusiurandum in litẽ deferre, id verba subsequentia eiusdem legis sic intelligi suadent, quod nempe si omnino deferendum sit iusiurandum, quod tum illud non alius, quam iudex deferre queat.

Ad *quintum* respondetur consequentiam negando, quia si delatum sit iusiurandum in litem, tum contumacia punienda est, & arbitrio domini res æstimanda: A principio vero iudex illud deferre præcise & absolute non cogitur. Hugo Donell. *in comm. ad l. 4. §. 2. ff. de in lit. iur.* quem nouissime sequitur Setzerus *de iuram. lib. 5. c. 3. num. 6.* circa propositam quæstionem distinguit, vt siquidem de dolo & contumacia rei non restituentis liquido constet, cogatur iudex iusiurandum istud deferre: Sin minus tum sit in arbitrio eius deferre iuramentum vel non.

Atque de hoc posteriori casu accipi debeant *d. l. 4. §. 2. & d. l. 5. §. 1.*

Sed distinctio hæc tolerari non potest.

1. Quia nullum habet in iure fundamentum, nec ex prædictis legibus vllo modo deduci potest.

2. Quia cum iusiurandum in litem affectionis continet pœnam contumaciæ *l. 1. & l. 8. ff. de in lit. iurand.* non prius ei locus est, quam de dolo & contumacia constet, cum nulla decernatur & intelligatur pœna, nisi reus conuictus sit criminis.

Quapropter rectius, meo iudicio, distinguit Borcholt. vt si reus rem adhuc possideat, eiusque restituendæ facultatem habeat, ex contumacia vero non restituat, liberum sit iudici iusiurandum deferri actori vel rem possidenti manu militari auferre: Sin vero desierit possidere dolo malo sic, vt non amplius in potestate eius sit domino rem restituere, tunc demum iudex ad iusiurandum affectionis deferendum compellatur: Cum hoc casu æstimatio præstanda sit actori, alia autem æstimatio sine manifesta iniquitate & iniuria actoris præstari nequeat, nisi ea quam ipse dominus iureiurando in litem definierit. *l. 8. ff. de in lit. iur. l. 9. ff. rer. am. et. l. 68. §. si vero non potest. ff. de R. vindicat. l. 25. §. 1. ff. solut. matrim.* Atque hac distinctione facile conciliantur & in concordiam rediguntur textus supra adducti. Quibus in iis dicitur in potestate & arbitrio iudicis esse iusiurandum non deferre, illæ de eo casu, quo reus adhuc rei restituendæ facultatem habet intelligi debent: In quibus vero dicitur iudicem oportere iusiurandum deferre, *vt in l. 68. vers. si vero non potest. ff. de R. vindicat. l. 4. §. 1. ff. de in lit. iur.* illæ omnes de eo casu sunt accipiendæ, quo amplius rei restituendæ facultatem reus non habet: Nec vllam iniuriam facit actori iudex, quando iusiurandum ei non defert, sed rem quam reus non vult restituere, manu militari aufert, eamque actori restituit; siquidem hoc casu suum recipit, nec illud vendere possessori cogitur: Nec obstat quod hac ratione contumacia maneret impunita; siquidem penes iudicem est, an eam punire, an vero impunitam relinquere velit. Et sane hanc nostram destinctionem aperte confirmat *l. 68. ff. de Rei vindicat.* in qua Vlpianus: Qui restituere iussus iudici non paret, contendens non posse restituere siquidem habet rem, manu militari, officio iudicis ab eo possessio transfertur.

Equidem non ignoro Antonium Fabrum *6. coniect. 17.* istam legem 68. totam, vt spuriam, & à Triboniano sub

nomine Vlpiani ſuppoſitam, reiicere: Verum quam inepte & abſurde, quilibet iudicare poteſt. Quod n. negatma nu militari poſſe rem poſſeſſori cõtumaci auferri, id ſane pluribus legibus repugnat. Sic enim Vlp. *in l. 3. pr. ff. Ne vis fiat*: *Si quis miſſus fuerit in poſſeſſionem fideicommiſſi ſeruandi cauſa & non admittatur poteſtate eius inducendus eſt in poſſeſſionem, qui eum miſit, aut ſi quis nolet vti interdicto, conſequens erit dicere, interdictum locum habere Sed melius erit dicere extra ordinem ipſos iure ſua poteſtatis exequi oportere decretum ſuum nonnunquam etiam per manum militarem.* Et *in l. 1. §. 2. ff. ſi ventus nom.* idem Vlpian. *Neceſſario prætor adiicit: vt qui per dolum venit in poſſeſſionẽ, cogatur decedere: coget autem eum decedere non prætoria poteſtate vel manu miniſtrorum, ſed melius & ciuilius faciet, ſi eum per interdictum ad eius ordinarium remiſerit.* Et Papinianus *in l. 36. de liberati cauſa. Dominus qui obtinuit, ſi velit ſeruum ſuum adducere litis æſtimationem pro eo accipere non cogetur.*

Nec obſtat quod, vt manu militari alicui res auferatur, id citra vim & impreſſionem, quam ſemper exoſam habet legislator, fieri nequeat. Reſp. etſi enim vim exoſam habeant leges: id tamen non de ea vi qua ad iuris executionem vtitur magiſtratus, ſed de ea, quam priuatus priuato intentat, intelligi debet. Hoc ſane innumeris legibus confirmatur. Et quid obſecro ius ſine executore [illegible]? At exequi ſententiam ſuam vix poſſit magiſtratus, ſi tali violenta impreſſione ipſi interdictum eſſet.

Rurſus non impedit quod legibus aperte ſit cautum, ne vnquam omnino in priuatis negotiis priuatorum vel tuitio militaris, vel executio tribuatur *l. 1. Cod. de offic. milit. iud.*

Reſp. Nam per manum militarem in legibus ſupra adductis non ſignificatur impreſſio violenta, quæ fiat per milites ſed ea quæ fit manu miniſtrorum *l. 1. §. 2. ff. Ne vis fiat.* Non ref agitur præterea quod ab executione non ſit incipiendum, nec executio præcedere debeat condemnationem *l. 1. C. de execut. rei iud.* At præceptum illud iudicis rem reſtituere iubentis, non ſit condemnatio, ſed arbitrium, quod præcedere debeat condemnationem. Igitur manus iſta militaris arbitrium inſequens, condemnationem præcederet atque ſic ab executione initium fieret.

Reſp. Quod enim dicitur initium non debere fieri ab executione, nec executionem debere præcedere condemnationem, id de executione ſententiæ accipiendum: At manus militaris non eſt executio ſententiæ, ſed arbitrii.

Quod ſi non certa ſpecies, ſeu certum aliquod corpus, ſed quantitas id eſt pecunia vel aliqua alia res in pondere, numero & menſura conſiſtens, in condemnatione fuerit, tunc iuxta ordinem & modum *in l. à Diuo. ff. de re iudicata.* præſcriptum ſit executio, ſicut primo res mobiles, poſtea res immobiles condemnatio debitori auferantur & diſtrahantur atque precio exinde redacto debitum exſoluatur & victori ſatisfiat.

Si condemnatio in factum aliquod fuerit factum, executio fieri non poteſt in ipſum factum, ſed fieri debet in id quod intereſt per textum *in l. 13. ff. de re iudicata.* vbi Celſus; *ſi quis*, inquit, *promiſerit prohibere ſe, vt aliquid damnum ſtipulator patiatur & faciat; Neque ex ea re damnum aliquod patietur aut faciat, ita habetur, facit quod promiſit; ſin minus, quia non facit, quod promiſit: In pecuniam numeratam condemnatur, ſicut euenit in omnibus faciendi obligationibus.*

Illud tenendum eſt, executionem regulariter in totum & ſolidum illud quod in condemnationem continetur fieri debere; id quod in primis probat *l. 1. Cod. de ceſſione bonorum*, vbi Imperator Alex. eum quoq;, qui bonis ceſſit, in ſolidum creditori

tori obligari dicit. Et Iustin. *in §. sunt praeterea quaedam. 36. I. de action.* dum quasdam actiones dicit esse quibus non solidum obtineamus easdemque specialiter ac nominatim excipit, satis innuit quod regula sit in contrarium, quod nempe actionibus solidum id quod persequimur, obtineamus. Idem quoque indicare videtur *l. sunt, qui in id. 16. ff. de re iudic.* dum illic dicitur esse quosdam qui non in solidum, sed in id quod facere possunt, conueniuntur, illiq; in ista *l. & legib.* sequentibus ordine recensentur ac enumerantur; vnde rursus arguitur, regulam esse in contrarium, à qua regula exceptae sint nonnullae personae, à quibus non possimus solidum obtinere, sed id solum quod interest.

Quae. 49. *An priuilegium competentiae faciat vt ne quidem ab initio in solidum conueniri possint debitores?*

Sed hic eligans nouiter quaestio, anne praesens hoc priuilegium, quod Interpp. nostri cōpetentiae appellant, in eo consistat vt ne quidem ab initio personę illę, quibus tributum est, in solidū conueniri possint, sed in id duntaxat, ꝙ facere possunt: An vero ab initio quidem conueniri possint in solidum, ita tamen vt personae hoc priuilegio insigniiae exceptionem, opponere queant, & nisi exceptionem opposuerin: in solidū condemnari debeant? Et quidem pro priori opinione quod nec ab initio conueniri in solidum queant, sed conuenienciae sint in id, quod facere possunt, produci solet textus *in d. l. sunt, qui 16. ff. de re iud.* vbi Vlpian. ait esse quosdam qui in id ꝙ facere possunt *conueniantur.* Vnde liquet ꝙ in eos ab initio statim nō in solidum conueniri queant, sed in id saltem quod facere possunt.

2. Sic etiam *in l. 4. ff. quod cum eo. in pr.* itidem mentio fit *conuentionis* non vero condemnationis, aut executionis.

3. Adstipulatur hisce textibus etiam *§. Sunt praeterea. I. de act.* illic quippe Iustin, ait esse praeterea quasdā actiones quibus non semper solidū *persequamur*; sed modo solidum persequamur, modo minus quibus sane verbis aperte innuitur quod ab initio statim agatur in id saltem, quod reus conuentus facere potest.

Sed pro contraria faciunt *l. 18 19. & 20. ff. de re iud.* vbi expresse mentio fit condemnationis.

3. Deinde idem probat etiam textus *in l. 173. ff. de R. I.* vbi mentio fit extorsionis & exactionis: Vnde colligitur quod ab initio quidem in solidum agatur contra personas priuilegium competentiae habentes, sed iudex in id saltem eas condemnet, quod facere possunt; nec totū illis extorquere soleat.

3. Clarior adhuc textus est *in §. sunt praeterea I. de action.* vbi Iustin. dicit, si minus inueniatur in peculio, quam actione de peculio fuerit petitum, tum eatenus iudicem debere condemnare patrem, quatenus in peculio sit; petitum igitur erat solidum, sed condemnatio facta erat in id quod pater facere poterat.

4. Idem confirmat etiam textus *in l. quotiens. 47. §. si semel. ff. de peculio.* in quo loco actum erat ab initio in solidum, sed postea in minus & id solum, quod pater facere poterat condemnatus fuerat.

Vt hosce textus apparenter contrarios in concordiam redigeret, resp. Zas. *in d. l. sunt qui 16. ff. de re iud.* olim variā fuisse rationē agendi: Ab initio potuisse reū petere à praetore, vt adderetur exceptio: & tunc non solidū fuisse dari iudicium non purum & simplex eamq, formulam iudicē secutum esse in iudicando. Potuisse praeterea & iudicium simplex dari, non cōtradicente reo per errorē forte aliquē & tum consueuisse sequi cōdemnationē in solidū; ita tamen vt in actione iudicati addita fuerit exceptio *l. item miles l. Nesennius. 41. §. vlt. Digest. de re iudicat.*

Sed mihi, aliorum rectius sentientium iudicio semper saluo, existimo optime adductos textus concordari & conciliari posse si dicatur vtrumq; esse verum ab initio agi potuisse in solidum & non potuisse

potuisse agi in solidum: In solidum agi potuisse, sed ita vt integrum fuerit reo opponere exceptionem competentiæ eaque opposita condemnatus fuerit reus non in solidum, sed in id, quantum facere potuerit, ea vero non opposita reus fuerit in solidum condemnatus: Non potuerit in solidum ab initio agere, scilicet cum effectu vt etiam solidum cōsequeretur actor & in illud reus actori condemnaretur. Quæ conciliatio adductis vtrinque legibus quam optime congruit & inprimis confirmatur per sæpe allegatum textum *in d. §. sunt qui I. de actionibus.* Cum enim in principio illius textus dictum fuisset, actionibus quibusdam non semper solidum, quod nobis debetur, persequimur, subiicitur statim si minus inueniatur in peculio, quam petitum est, eatenus iudicem condemnare, quatenus in peculio sit.

Notandum autem primo est quod hoc beneficium personale sit, cum personale extinguatur & expiret, adeoque heredibus illorum, quibus competit, non possit, textus est expressus *in l. Maritum 12. & l. seq. ff. solut. matrimon.* vbi Vlpianus & Paulus ita scribunt: *Maritum in id, quod facere potest condemnari, exploratum est: sed hoc heredi non esse præstandum. Quia tale beneficium personale est & cum persona extinguitur.* Idemque etiam expresse confirmatur *in l. sciendum 25. ff. de re iudic.*

Etenim ita cum omnibus priuilegiis ac beneficiis comparatum est, vt si causæ vel rei tribuuntur in heredes & cæteros successores vniuersales transmittuntur, illisque prosint: Sin vero personalia sint cum persona cui tributa sunt, extirent *l priuilegia. l. in omnibus causis id obseruatur. ff. de Reg. Iur.*

Nec obstat ꝙ beneficiū cōpetentiæ, cōpetens marito in repetitione dotis, vt videlicet non in solidum, sed in id duntaxat conueniri possit quod facere potest, ad filios ipsius adeoque ad eius heredes transeat, prout sunt textus *in l. Etiam. Digest. solut. matrim. & l. sciendum. Digest. de re iudicat.*

Sciendum quippe est quod singulare hoc sit in liberis matris quæ ad dotem agit; cum illis enim humanius agi visum fuit, propterea quia & actricis sunt liberi, & simul patrem suum repræsentant. Duaren. *ad d. l. 13. Digest. solut. matrim.* & Donellus *ad l. 16. & sequent. Digest. de re indicat.*

Obseruandum præterea est, quod hoc beneficium duabus potissimum conditionibus datur; quarū vna est vt is qui hoc priuilegium sibi arrogat, de sua conditione, ratione cuius istud sibi competere contendit, non sit mentitus. Hinc si verbi gratia filiusf. contracturus cum aliquo, mentitus sit, se esse patremfam. vt eum ad secum contrahendum alliceret, in solidum damnabitur *l. 4. ff. quod cum eo.* Siquidem generale hoc est, quod non decipientibus, sed deceptis iura subuenire soleant *l. 2. §. verba. ff. ad SC. Vellejan. l 2 Cod. si minor se maiorem dixerit.*

Altera conditio est, vt qui conuenitur dolo non fecerit quo minus solidum soluere & creditori satisfacere posset. Ita textus est *in l. 61. ff. de re iudicat.* vbi Paulus ait, *Si quis dolo fecerit, vt bona eius venierint, in solidum tenetur.* Concordant cum hoc textus *l. verum. §. hoc quoque. ff. pro socio l. vnic. §. Cum autem Codic. de rei vxor. act.* & huius rationem elegantem haec reddit Donellus, quod semper dolus pro possessore habeatur *l. parem l. qui dolo ff. de Reg. Iur.*

Obseruandum insuper priuilegium hoc tribui solum illis, qui ex contractu conueniuntur, non vero iis dari, qui conueniuntur ex maleficio & delicto, vel etiam dolo suo. *l. 52. ff. de re indicat.* vbi dicitur, si rerum amotarum cum viro agatur, quanquam videatur ea quoque actio præcedentis societatis vitæ

causam

caufam habuiffe, in folidum condemnari debet, quoniam ex malo contractu & delicto oritur. Idem denuo inculcat Pomponius *in l. 22. §. final. ff. de re iudicat.* Quod autem, inquiens, de fociis dictum eft, vt & hi, in quantum facere poffunt, condemnentur, caufa cognita fe facturũ prætor edicit: Caufæ cognitio autem in hoc erit vt neganti fe focium effe, aut ex doli claufula obligato fuccurratur. Excepti tamen funt parens, patronus patrona, liberi parentesque patroni *l. parens. l. licet. ff. de obfeq. à lib. præft.* Ratio eius redditur *in l. liberto. eod. tit.* quod fcilicet liberto & filio femper honefta & fancta perfona patris ac patroni videri debeat. Donell. *d. loco.*

Illud denique obferuandum hic eft, quod, cum dicitur, *quasdam perfonas in id faltem condemnari quod facere poffunt*, verbum, *poffunt*, non accipiatur naturaliter, ita vt is facere dicatur, qui in bonis habet quod det, fed fumatur illud verbum hoc loco ciuiliter, ita vt ille dicatur facere poffe, non qui poteft, nulla habita ratione dignitatis & honeftatis fuæ, fed qui honeftare & dignitate falua poteft. arg. *l. 15. ff. de condit. inftitut.* Et ideo licet aliquis tantum fuis in bonis habeat vt poffit fatisfacere creditori per rerum naturam, non autem poffit falua honeftate & dignitate fua, vt quia inopia & egeftate laboraturus fit nec ad vitam honefte fuftentandam habiturus fubfidia, recte dicitur fatisfacere non poffe. Item folidum foluere non poffe: Vnde præfatis perfonis competentiæ priuilegium habentib. permittitur tantum deducere, quantum condemnato fufficiat ad vitam & alimẽta. *l. 30. in fine. ff. de re iudic. l. fi quis à liberis. §. Diuus. ff. de agnofcend liber.*

Lit. Fit porro executio non ftatim cum reus eft condemnatus, fed poft quadrimeftre à tempore condemnationis elapfum. Hoc quippe fancitũ & cõftitutum eft à Iuftin. Imp. in *l. 2. C. de vfur. rei iud.* Cuius hæc funt verba: *Eos, qui condemnati folutionem pecuniarum dependere iuffi funt, vltra quatuor menfes à die cõdemnationis, vel fi prouocatio fuerit peracta, à die confirmationis fententiæ connumerandos distulerint, centefimas vfuras eis inferri præcipimus, &c.* & in *feq. l. 3.* ait Imperator: *Sancimus, fi quis condemnatus fuerit poft datas à nobis quadrimeftres inducias centefimas quidem vfuras fecundum naturam iudicati eum compelli foluere; &c.*

Sed vtrum inducias hafce quadrimeftres iudex poffit coarctare, vel prorogare? Ad quam quæftionem refpondet Vlpianus prorogari quidem tempus à iudice poffe, at coarctari non poffe: Verba ipfius hæc funt: *Si quis condemnatus fit vt intra certos dies foluat: vnde es tempus iudicati actionis computamus? vtrum ex quo fententia prolata eft; an vero ex eo, ex quo dies ftatutus præteriit? Sed fiquidem minorem diem ftatuerit iudex tempore legitimo, repleatur ex lege quod fententia iudicis deeft: Sin autem ampliorem numerum dierum fua definitione iudex amplexus eft; computabitur reo & legitimum tempus & quod fupra id iudex præftitit. l. 4. §. 5 ff. de re iud.* Quæ. 49. *Anne iudex poffit quadrimeftre tempus folutioni deftinatum coarctare?*

Sed contra quod iudex non folum prorogare fed coarctare etiam poffit tempus iudicati, idem Vlp. clare fignificat *in l. 2. ff. eod. tit.* hæc in verba fcribens: *Qui pro tribunali cognofcit, non femper tempus iudicati feruat, fed nonnunquam arctat, nonnunquam prorogat, pro caufa qualitate, &c.*

Accidit fecundo & hoc quod ratio plane nulla dari poffit, quare iudex legitimum iudicati tempus poffit prorogare & extendere, coarctare autem non poffit. Quin potius cum vtriufq; par eademque fit ratio, idem quoque in coarctatione quod in prorogatione ius conftitui debet. Etenim idcirco iudex prorogare tempus poteft, quia quisquis iudex eft, qui fententiam dixerit, dummodo competens, rei iudicatæ ftandum eft *l. 1. Codic. de re iud. l. Cum prolatis. ff. eod. tit.* Ad idem plane in coar-

ctatione temporis obtinere manifestissimũ est. Dicendum igitur videtur iudicem posse non minus coarctare quam prorogare iudicati tempus. Varie conciliari solet hæc antinomia quæ est inter *d.l.4.§ 5.& d.l.2.ff.de re iud.* Et quidem Fr. Duar.ad *d.l.2.& d.l.4.*§.5.ait Vlp.IC.*in l.2.* loqui non de quouis iudice, sed de eo, qui pro tribunali cognoscit, qualis est prætor Vrbanus, qui iurisdictioni præest. At *d.l.4.*§.5. loqui de iudice dato, siue pedaneo iudice, qui priuatus est, nullam iurisdictionẽ nullumq; imperium sed nudam duntaxat & simplicem notionem habet & ideo suã sententiã exequi non potest *l.15.ff. de re iud.* & consequenter non potest præfinire tempus magistratui, ad quẽ pertinet executio. Et hanc conciliationẽ approbat etiã Zas. *in d. l.2. n.1.ff.de re iud.* Et quando ei obiicitur ꝙ delegatus fungatur vice delegantis *l.1.* §. *qui mandatã.ff.de offi. eius cui mandat.est iurisd.* & idcirco eandem potestatẽ habeat quam magistratus, resp. Duar. negando iudicem datũ fungi vice magistratus qui dedit, cum nec iurisdictionẽ habeat nec imperium *arg. d. l. à Diuo.15.de re iud.* multisq; modis differat à delegato, siue eo cui à magistratu mandata est iurisdictio, quiq; delegantẽ repræsentare eiusdemq; officio fungi dicitur *in d.l.1.*

Sic etiã ad illud arg. ꝙ ab arbitrio compromissario ducunt ad iudicẽ datum, respondet, longe dissimilẽ esse rationẽ iudicis dati & arbitri compromissarii, teste Sen. *lib.3.de benefi.* vbi ait, *Melior videtur conditio causæ bonæ, si ad iudicẽ, quam si ad arbitrum mittatur, quia illum formula includit, & certos, quos non excedat, terminos ponit: Huius libera & nullis adstricta vinculis religio, & detrahere aliquid potest & adiicere, & sententiam suam, non prout lex, sed prout humanitas & misericordia impulit, regere.* Non igitur mirum est ꝙ iudex pedaneus non potest mutare tempus iudicati, arbiter autem compromissarius terminum solutionis præfigere, ac tempus iudicati determinare possit *l.si cum dies.* §.*vltim.ff. de recept.qui arbitr.* Verũ quo minus sententiæ huic subscribã, moueor inprimis hac ratione ꝙ ista ratio, ob quam dictum fuit, iudicẽ non posse arctare terminum, quod sc. ad formulã sibi præscriptã sit adstrictus, itẽ ꝙ ad ipsum nõ pertineat executio & ideo non possit magistratui, cuius est executio præfinire tempus; hęc inquam, ratio obtineat etiã in prorogatione temporis? si n. coarctando nõ potest magistratui præfinire tempus, quomodo prorogando ei tempus præfiniet. Iam vero *in d.l.4.§.5.* prorogatio temporis iudicati nõ denegatur iudici pedaneo. Perplacet igitur mihi ꝙ ad *eand.l.4.*§ 5. Donscribit *in d.l.2.ff.de re iud.* Vlp. asserere, iudicem tempus iudicati sua sententia arctare posse, neq; id negare *in d.l.4.§ 5.* sed hoc saltem innuere, cum iudicẽ qui minorem diem sententia cõplectitur, non arctare tempus legitimum. Quod si igitur iudex legitimum tempus nominatim reo adimeret hoc modo: condemno Lucium Titiũ vt intra 10. dies decẽ, quæ petita sunt, soluat, præcisa ei omni alia dilatione tunc standum foret sententiæ: Quocirca iudex, minorem diem sententia cõplectens, nõ arctat tempus, quamuis longius tempus sententia complectens, prorogat, quia contra sententiam fit quando cõdemnando ad soluendum non relinquitur illud tempus totũ quod sententia ei dedit: At non fit contra sententiam si minore constituto die condemnatus legitimũ etiã tempus retinet, quoniã iudex aliquod tempus sententia sua dando, non ideo legitimum adimere intelligitur. At vero nominatim & expresse iudex adimere & coarctare potest reo tempus iudicati, quia & prorogare potest: eius autem est coarctare, cuius prorogare *l Eius ff.de R.I.*

Sed rursus quod in iudicis vel magistratus potestate esse non debeat legitimum tempus.

tempus mutare sequentibus fundamentis probari videtur: Nam primò nullibi in iure nostro hæc potestas tribuitur iudici & magistratui. Atqui prætoris factũ iuri derogare non oportet *l. 1. ff. de ferijs.* non igitur valebit terminũ legitimũ mutare & vel arctare, vel prorogare. Deinde *in l. 5 C. de adult.* dicitur præscriptiones legibus reis datas, auferri non oportere. Deniq; *in l. Nem. C. de temp appell.* tempus legitimũ ne rescripto quidẽ prorogatur. Multo igitur minus prorogari poterit sententia iudicãris, vel decreto magistratus. Veruntamẽ hæc obiectio nõ euertet nostrã sententiã: Etenim variæ sunt Dd. respõsiones: Antiqui n. iuris Interpp. veluti Alex. Iohan. Andr. & Dyn. hoc modo distinguunt, vt quando lex non simpliciter terminũ constituit, sed iubet constitui à iudice, vt *in l. ad peremptorium. de iud. l. 1. C. de dilat. l. oras. de ferijs.* tunc iudicis in manu sit mutare terminũ iustã ob causam, eum vel prorogando, vel coarctando. Si a. simpliciter & sine ministerio iudicis lex terminũ statuit, tum iudex nec prorogare nec coarctare terminũ istum valeat. Sed hanc distinctionem improbant Duar. & Zaf. Quod n. & eo casu, quo lex simpliciter terminum præstituit, possit iudex terminũ mutare, euincunt *l. Except. C. de prob. l. peremptorias C. de sent. resc. c. pastoralis. de except.* vbi tempus exceptionum opponendarum iudex mutare potest, si animaduerterit malitiose differri oppositionẽ exceptionum.

Hac igitur repudiata opinione Vdal. Zas. secutus Bart. *in d. l. 2. ff. de re iud.* statuit hoc modo esse distinguendum, vt iudex possit tempora legalia prorogare vel decurtare cum causæ cognitione, si cognita causa deprehenderit iustam subesse causam quæ suadeat termini ac temporis legalis fieri prorogationem vel coarctationem. At sine cognitione causæ non possit legalem terminum mutare. Mihi dicendum videtur quod terminum legalem simpliciter definitum ac præfinitum iudex mutare non possit, nisi lex hoc permittat, vt in casu nostro præsenti factum esse constat ex *d. l. 2. & l. 4. §. 5. ff. de re iud.* De hoc sane dubitare non licet quod tempus legale & præsens etiã tempus iudiciali possit vel cõsuetudinib. vel statutis mutari & vel coarctari, vel prorogari. Cæterũ cum hodie tempus iudicati sit quatuor mensium, quæstio est vtrum si antequam illud elabatur soluere paratus sit reus condemnatus, id facere possit inuito & repugnante creditore? Et hanc quæstionem resoluit Gaius *in l. intra dies. 7. ff. de re iud.* dum ibi in hęc verba scribit: *Intra dies const tutos, quamuis iudicati agi non possit; multis tamen modis iudicatum liberari posse hodie non dubitatur, quia constitutorum dierũ spacium pro iudicato, non contra iudicatum per legem constitutum est.* Ecce hic aperte asseritur quod intra tempus istud legale contemnatus possit soluere, & soluendo sese liberare, addita ista ratione, quod tempus istud semestre pro condemnato sit introductum & ideo huic, tanquam beneficio suo renunciare possit *l. pen. C. de pact.* Et si non posset soluere intra istud tempus, non pro condemnato sed cõtra eũ introductũ foret, quod *in d. l. 7.* negatur. Verum quia hoc ipsum anne id quod in diem debetur, inuito creditori solui possit, valde controuersum est, idcirco, ad præcedentem quæstionem eo melius intelligendã eam hoc loco enodare placet. Equidem Iac. Cuiac. *in l. 38. §. 16. ff. de V. oblig.* & Iohan. Borch. *in tr. d. V. oblig. c. 6 n. 37. & seq.* statuunt non posse debitorem soluere, inuito creditore, nec hunc cogi posse ad solutionẽ accipiendã.

Quæst. 51. *An debitor intra tempus quadrimestre inuito creditori soluere possit?*

1. Quia opportuno tempore & loco debitũ offerre & solui debet *l. 32. ff. de vsur. l. si soluturus 39. ff. de solu.* vbi periculũ dicitur esse debitoris, qui inopportuno tẽpore vel loco obtulit: At qui id, quod in diem debetur, si alio, quam die constituto offeratur & soluatur, inopportuno tempore

oblatum ac solutum est: Ergo alio tempore, quam die solutioni præstituto, non potest inuito creditori solui.

2. *In l. Creditor. 102 ff. de solut.* Creditor oblatam à debitore pecuniam, vt alia die accepturus, distulit, & pecunia mox à magistratu, quasi ærosa reprobata fuit, ac dicitur periculum creditoris non esse, quia, etsi creditor pecuniam à debitore oblatam accipere distulit, tamen iusta ex causa fecit, cū pecunia in opportuno & incommodo tempore offerretur. Inopportunum igitur tempus, quia ICtus illud appellat, quod diuersum est à die expresso, idcirco consequens est, creditorem inuitum non cogi pecuniæ solutionem accipere.

3. *In l. 39. ff. de solut.* comparantur inuicem locus & tempus: Constat autem loco adiecto non posse alio in loco inuito creditori solui: Igitur idem de tempore adiecto dicendum, vt alio tempore, quam de signato, solui non possit.

4. *In l. 18. pr. ff. de pec. const.* dicitur eum agere non posse, per quem ad diem constitutum non steterit, quo minus aliquid detur aut fiat, licet ante per ipsum steterit. Vnde dicendum videtur, creditorem impune recusasse ante diem constituti oblatum accipere.

5. Huc facit, quod die adiecta ante diem venientem debitum non sit, *l. 41. §. 1. ff. de V. oblig. l. 1. de cond. & dem.* Quare nec ante diem solutio debiti esse potest.

Verū his minime motus, statuendum censeo, in diem debitū, etiam ante diem recte solui, quæ sententia communis est, & à præstantissimis atq; acutissimis ICtis laudatur ac defenditur, & sequentibus argumentis nititur.

1. *In l. 41. §. 1. vers. verum dies adiectus, ff. de V. oblig.* Vlp. ait, *diei adiectionem pro reo esse, non pro creditore*: Idemque *in l. 7. ff. de Re iudic.* inculcatur. Atqui non esset pro debitore, sed pro creditore, si debitor inuito creditore soluere non posset: Et cum dies pro debitore sit, atq; diei adiectione solutio, in fauorem & gratiam debitoris differatur, potest vtique debitor huic suo fauori renunciare, & ante diē soluere quod in diem debet, *arg. l. pen. C. de pact.*

Respondet quidem ad hoc fundamentum Borcholt. Hactenus solum diem adiectum pro reo, siue pro debitore esse, vt scilicet reus ad solutionem ante diem inuitus nō compellatur: Deinde sic quemlibet posse ius suum contemnere eidemque renunciare, si per hoc alteri iniuriam & iniquam conditionem non inferat: Atqui debitorem iniuriam facere creditori, si diei adiectioni renuncians ante diem solueret.

Sed tantum abest, vt hæc responsio fundamentum nostrum conuellat, vt etiam vix illud attingere videatur: Quod enim ad prius, in mera consistit diuinatione: Concedimus vtique pro reo esse diem adiectum, sic vt non possit cogi ad soluendum, sed & ita pro debitore eum esse, vt inuito creditori soluere queat, patet non solum ex illis locis, quibus dicitur generaliter & indistincte diem pro reo adiectum esse, quæ nullo iuris textu ita, vt vult Borcholt. restringuntur; sed etiam confirmatur illis legibus, in quibus aperte dicitur, ante diem solui posse, quas mox proferemus. Nec sane dici potest debitor ante diem soluendo, vllam creditori facere iniuriam, quoniam suo iure suoque priuilegio, à legibus sibi concesso, vtitur.

2. Accedunt huc textus expressi, in quibus dicitur debitorem ante diem soluere posse creditori: Textus huiusmodi est *in l. 137. §. 2. ff. de V. oblig.* vbi Venulejus, *Nam & quod in diem*, inquit, *debetur, ante solui potest, licet peti non possit.* Consimilis textus est *in l. 38. §. 16. ff. eod. tit.* vbi Vlpianus: *Inter certam incertamque diem discrimen esse ex eo quoq; apparet, quod certa die promissum vel statim dari potest. Totum n. medium tempus ad soluendum liberum*

pro-

promissori relinquitur, & qui promisit, si aliquid factum sit, vel tum aliquid factum sit, nisi cum id factum fuerit, dederit, non videbitur fecisse quod promisit. Et *in l. 70. ff. de solut.* Celsus scribit: *Quod certa die promissum est, vel statim dari potest: Totum enim medium tempus ad soluendum promissori liberum relinqui intelligitur.*

Equidem non ignoro Borcholdum ad hosce textus dilucidissimos respondere debitorem soluere quidem ante diem posse, sed valenti saltem, non etiam inuito creditori. Verum quam lubrica & imbecillis sit hæc responsio ex his ce liquere potest.

1. Quod manifeste petat principium, dum fundamenti loco præsupponit idipsum, quod in controuersia est.

2. Quod proprie quis id posse dicatur, quod suo iure potest, altero inuito & repugnante, *l. 70. de solut. l. 57 eod. & consimilib. aliis* Et quanquam fortassis in iure & is posse dicatur, qui potest altero volente ac consentiente; id tamen dicitur valde improprie & abusiue.

3. Quia *in l. 70 de solut. & l. 38. §. 16. de verb. oblig.* dicitur expresse debitori liberum esse ante diem constitutum soluere: At vero liberum non esset, si cum valet, non posset; puta si creditor acceptare solutionem recusaret: Nec liberum foret debitori, si in potestate eius non esset, quando vellit soluere.

Nec huic repugnant, quæ in contrarium à Borcholdo fuerunt adducta: Quod enim ad *primum* resp. id manifestam continere petitionem principii. Quia vtrum tempus, diem adiectum antecedens, sit tempus solutionis inopportunum, In quæstione nunc est: Nos negamus, Borcholdus affirmat: proinde illud non, tanquam principium & concessum præteriri debet; Et quod sit tempus opportunum ad soluendum, satis luculenter probant textus hactenus pro opinione nostra adducti. Nec enim in opportuno tempore soluisse dici potest, qui eo tempore soluit, quo iure solui poterat, & quo ipsi liberum erat soluere.

Ad *secundum* Resp. Etsi tempus, quod diem expressum antecedit alias opportunum sit solutioni, si tamen creditor iustam habeat recusandi solutioné causam, censetur tempus inopportunum; Sic enim, licet nulla die adiecta, in potestate sit vel ea statim die, qua promissum est, soluere, inuito etiam creditori; si tamen hic iustam habeat causam, tunc solutionem recusandi, dicitur tempus illud solutioni inopportunum. Sic igitur in adducta *l. 20. de solut.* tempore opportuno dicebatur, oblatum id, quod in diem debebatur, non quia ante diem adiectum offerri & solui non potuerit, sed quia iam iustam habuerit causam creditor solutionem recusandi, vt ex textu manifestissime patet.

Ad *Tertium* Resp. In dicta *l. 39. de solut.* non simpliciter comparari tempus cum loco, sed tempus inopportunum cum loco inopportuno in eo videlicet, quod non magis inopportuno loco offerre liceat, quam tempore inopportuno: At tempus, quod diem antecedit, non esse inopportunum, quia tempus solius debitoris causa adiicitur, *d. l. 38. §. 16. de V. oblig.* Locus vero vtriusque gratia, tam creditoris, quam debitoris.

Ad *Quartum* Resp. *in l. 18. de pecun. constituta*, sententiam nostram potius confirmari, quam infirmari, probat enim diserte in diem debitum, ante diem solui posse, inuito etiam creditori, quia proponit ante diem stetisse per actorem, quo minus acciperet, cui consequens est, quod debitum iure non potuerit recusare, alioquin si iustam habuisset causam illud recusandi, moram non fecisset, nec per eum stetisset, *d. l. 32. ff. de vsur.* Quin etiam probat atque euincit, tempus quod diem antecedit, opportu-

num esse tempus soluendi: quia tunc demum quis moram committit, atque per eum stare dicitur, quando opportuno tempore debitum fuit oblatum. *d. l. 32. Digest. de vsur.* Atqui, ante diem oblato debito, dicitur stetisse per creditorem quo minus acciperet, adeoque moram contraxisse; sequitur ergo tempus istud opportunum fuisse.

Quod autem Vlpianus subiicit non esse spectandum, quid antea sit factum, sed quid die constituto, id sic intelligendum, vt si per debitorem ante diem constitutum steterit non ei hoc noceat, quo minus etiam post diem constituti venientem, possit agere de pecunia constituta; Ex quo tamen non sequitur auctorem prius moram non commisisse, *l. Illud. ff. de peric. & commod.* Idcirco autem vult Vlpianus, cum quæritur, an per actorem steterit, spectari duntaxat tempus constituti, quia illa verba edicti, *quod constitutum est*, sic ad creditorem referuntur, si appareat per creditorem stetisse, quo minus sua die fieret, quod constitutum est, arg. *l. 4. §. 1. Digest. de vulg. & pup. subst.*

Ad *quintum & vltimum*. Quod si reus condemnatus elapso quadrimestri tempore non satis fecerit sententiæ iudicis nec id, in quod damnatus erat soluerit, fit executio, cuius ordo & forma *in l. 15. §. 2. 3. & 4.* talis describitur, vt res debitoris capiantur & distrahantur sed ita vt primo res mobiles capiantur & in his primum animales, si autem hæ vel nullæ sint, vel non sufficiant, peruenitur ad res immobiles; his deniq; deficientibus, aut non sufficientibus peruenitur ad nomina hoc est debita.

Lit. C. Quæst. 52. *An ordo executionis ad fauorem creditoris* Sed illud quæritur vtrum hic ordo in fauorem debitoris, an vero in fauorem creditoris sit introductus, & consequenter, vtrum, postulante creditore iudex hunc ordinem negligere & initium ab immobilibus vel nominibus facere possit?

spectet atq; volente creditore, à iudice negligi queat? Pro Negatiua sententia adducit Donell. textum *in l. 15 §. 2. ff. de re iudicata.* vbi Donellus expresse dicit à pignoribus soli, siue rei immobilis, initium faciendum nõ esse. Nec est quod dissentientes excipiant, hoc intelligendum esse inuito & nõ volente creditore: Hoc quippe ICto nõ innuitur; nec vllum vestigium huiusmodi limitationis *in d. l. 15. §. 2.* extat. Si igitur iudex executionis hunc ordinem inuerterit, ab ipso appellari poterit *l. ab executione. Cod quor. appellat. non recip.*

Accedit deinde & hæc ratio quod hunc ordinem *d. l. 15. §. 2. & seq.* præscriptũ obseruari expediat debitori & creditori non noceat: in ciuile autem & indecorũ, nec non æquum sit ea capere, quorum captio nihil profutura sit creditori & multum nocitura debitori; Contra autẽ sit ciuile ac decorum id obseruari quod profuturum est creditori non nociturũ. Iam vero res mobiles primum capi & distrahi, illisque demum non inuentis perueniri ad res soli, sine vlla dubitatione ad commodum pertinet debitoris, vt cui minus detrimentosum futurum est res mobiles distrahi, quam res immobiles: quoniã res mobiles non ita facile licet recuperare vbi emptor eas à se dimittere non vult, aut nobis pecunia nõ suppetit ad ea redimenda, nec alia eiusdem generis aut eadem qualitate & commoditate facile reperire possumus, cum, rebus mobilibus distractis facile sit alias eiusdem generis aut commoditatis rursus reperire. Atqui hoc ipsum non minus vtile est ipsi creditori: Nam cũ res mobiles sint minoris pretii & ad vsum quotidianũ magis necessariæ, facilius emptorẽ reperire possunt, & ex istarum distractione eo citius creditor ad suum peruenire potest. In mobilibus porro rebus primo capiuntur & distrahuntur res animales, quoniam cum eas ali necessum sit maiore impendio asseruantur & ideo etiam vtriusq; tam debitoris, quam creditoris, maiore

maiore incommodo. Postremo loco & mobilibus & immobilibus rebus deficientibus, peruenitur demũ ad nomina quia hoc ita fieri interest creditoris cui persecutio nominum & grauis est & damnosa, cum in iis persequendis nõ solum sumptibus est opus, sed etiã iis cogitur esse molestus creditor, quibus molestiã creare non cupit: & insuper si spõte non soluunt diu suo fraudatur & multũ tempus abit donec debitũ extorqueat. Sed & initium à nominibus nõ fieri interest ipsius debitoris quoniã alias exactione illorum fama eius non parum læderetur & suggillaretur. Ex quibus omnibus apparet quod nõ minus ad debitoris, quã ad creditoris cõmodum ordo iste spectet & ideo in præiudicium debitoris nõ possit creditor renunciare & repugnante debitore à iudice impetrare vt eũ euertat. Donell. ad *d. l. 15. §. 2. & seq.*

Quod si tamen interdum accidat vt creditori expediat istum ordinẽ peruertere & debitori nõ noceat, veluti cum aliquis debitor cõdemnari reperitur, qui paratus est actori soluere, si cõdemnatus velit, audiẽdum hoc casu esse creditoré, si huius nomen primo loco pignori capi velit, monet Donellus: Siquidem hoc debitor, aduersus quem fit executio maliciose recusaret illud quod ipsi nocitumm non esset *l. si fundo. Digest. de Rei vindicat.*

Cæterum Duarenus *in d. l. 15. §. 2.* in contrarium concedit sententiã, quod videlicet ad creditoris solius fauorem spectet ordo iste executionis; Idq; propterea, quia in executione sententiæ illud inprimis spectandum sit, vt promptius eo & expeditius fiat, reoque imputari debeat, si quid inde detrimenti & incommodi sentit, quod ipse bona non distrahit, nec creditori satisfac t; cum liberum ipsi foret eas res distrahere quarum amissio ipsi futura est minus detrimentosa. Ea proinde capi possunt quæ vtiliora & commodiora visa fuerint pro executione sententiæ.

2. Accedit deinceps etiam textus *in Nouell. 4. c. quod autem. 3.* vbi sancitur, cum pro auto debito res aliæ dantur in solutum, quæcunq; meliores sun, dandas esse, deteriores apud debitoré manere; vnde colligitur, faueri creditori, ne alias iniuriam patiatur ob moram debitoris.

3. Et quod prædictus executionis ordo creditoris gratia sit introductus magis quã debitoris, quo scilicet facilior sit & expeditior, executio exinde patet q negari nõ possit semper facilius inuenni emptoré mobiliũ quam immobilium, item vtilius esse debitori, in nominibus executionem fieri, quam in rebus soli: Ad hæc tamen non perueniatur nisi deficientibus mobilibus vnde plus quam manifestum est quod iste executionis ordo magis ad fauorem & vtilitatem creditoris, quam debitoris spectat.

Et hanc sententiam ipse quoq; longe veriorẽ esse iudico, nec obstat primum argumẽtum, ex *d. l. 15. §. 2.* depromptum, nam ad illud respondendum est, à rebus soli initium executionis non esse faciendum, nisi creditor docuerit è commodo suo esse ab illis executionem fieri, idque etiam à iudice petierit. Et quanquam verbis illius textus id expressum non repetiatur, rationes tamen modo adductæ textum istum accipiendum ac restringendum esse suadent.

Minus obstat secunda ratio, cum iam euidentissime sit demonstratum quod in ordine illo ipsius creditoris ratio vnice sit habita per accidens debitori quoque prodesse in eo possit, quod rebus mobilibus extantib. nõ perueniatur ad rerum immobilium distractionẽ. Deniq; nõ obstat *l. vltim. §. vbi autem. C. de bonis quæ liber.* quoniã de executione sententiæ non loquitur, sed de rebus filiifam. vendendis, quo æs alienum soluatur.

Si v. res pignori capta & venum exposita non Lit. B.

non reperiat emptorem, addicitur creditori, *d.l.15.§.3.* cuius verba ita sonant: *Si pignora, quæ capta sunt, emptorem non inueniant, rescriptum est ab Imperatore nostro & Diuo Patre eius, vt addicantur ipsi, cui quis condemnatus est; addicantur autem vtique ea quantitate qua debetur. Nam si creditor maluerit pignora in creditum possidere, rescriptum est non posse quod amplius sibi debetur petere, quia velut pacto transegisse de credito videtur, qui contentus fuit pignora possidere: Nec posse eum in quantitatem certam pignora tenere & superfluum petere.*

Quæst.53. *Si res pignori capta & venum exposita non inueniat emptorem quomodo addicatur creditori?*

Vult Igitur ICtus quod creditori addicatur pignus, sed *ea quan. itate qua debetur.* Quæ verba valde difficilem intellectum habent: Equidem Franciscus Duarenus ad eum *§.3. & lib.1. disputat. anniuers.c.6.* vult hæc verba, *ea quantitate*, idem significare quod *ad quantitatem quæ debetur*, vel *ad tantam quantitatem, quanta est summa, quæ debetur*; vel *vsque ad concurrentem summam, siue quantitatem.* Atque ita statuit Duarenus, quando res venum exposita non invenit emptorem, tunc eam addici creditori, sed ad quantitatem illam qua erat debitum ipsum, ita vt ipsi satisfactum sit, solutum habeat debitum atque ex ista addictione nec plus nec minus habeat aut consequatur quam est ipsum debitum. Et si verbi gratia, debitum sit cẽtum aureorum, pignora autem valeant & æstimentur trecentis aureis, non omnia pignora creditori addicantur, sed de illis tantum duntaxat, quantum centum æstimatur aureis, quãtumque sufficit ad debiti exsolutionem. Quod si autem pignora capta & venum exposita non exæquent quantitatem & summam debitam, tunc non cogatur pignoribus esse contentus creditor, nec prohibeatur id quod amplius sibi debetur petere.

Hanc vero sententiam sequentia argumenta defendere.

1. Pro hac interpretatione & sententia militat proprietas verborum istorum, *ea quantitate*, cum nemo latine loquentium pro his verbis *pro ea quantitate* dicat *ea quantitate.*

2. Quia æquitas hanc defendit interpretationem: Æquissimum enim est pignora adduci paris quantitatis & æstimationis; At iniquissimum est, si pignorum æstimatio excedit & superat summam debitam, omnia pignora capta nulla æstimationis ratione habita, creditori pro debito addici. Sin vero quantitas pignorum debitum non adæquet, pro toto debito pignora creditori add c, sie, vt nil amplius quicquam con equ valeat creditor, cum tamen debitor, quod magna cum debitoris iniuria coniunctum esse, negari non potest.

3. Quin etiam ex verbis *d.§ 3.* hæc sententia haut obscure collig tur: Etenim Vlpianus confirmat ibi sententiam suam alio rescripto Imperatoris: Eo autẽ rescripto cautum est, vt creditor nihil amplius possit petere, si fuerit contentus, cuiuscunque etiam sint æstimationis pignora capta: Dum autem aperte loquitur de eo, qui contentus fuit, clare significat aliud statuendum, quãdo contentus non fuerit vt *in d.§.3.l.15.* argumẽto à contrario sensu, quod in iure fortissimum est.

4. Facit præterea huc non parum & ista ratio, quod, si creditor ex licitatione rem habeat, non habeat eam, nisi illo precio, quod dictum est. Idem igitur dicendum sit, quando creditor rem habet ex ad ictione.

5. Insuper huc pertinere videtur exem, um eius qui ius dominii pignoris à rincipe impetrarit, quem constat rem pignoratam ad æstimationem debiti accipere *tot. tit. Cod. de iur. dom. impetr.*

6. Postremo manifeste iniquum & contra us. creditorem amittere exactionem eius debitæ quantitatis, in quam

pignus

pignus non sufficit *l. creditor qui non. ff. si cert. petat*; id quod in casu nostro, stante contraria opinione & interpretatione, fieret.

Cæterum ab hac sententia discesserunt Andr. Alciatus *lib 6. parerg. cap. 3.* & Hugo Donellus ad *d. l. 15.* §. 3. & statuerunt quod prædicta verba *ea quantitate &c.* idem significent quod, *pro ea quantitate*, ita vt pignus, venum expositum, cum emptorem non reperisset, pro omni debito addicatur creditori, siue pluris valeat, siue minoris, quam ipsum debitum, nec si aliquid adhuc desit creditori, exigere valeat.

Confirmatur hæc sententia sequentibus rationibus.

1. Etenim, cum Vlpianus *in d. l. 15. §. 3.* dixisset, pignora addici ea quantitate quæ debetur, rationem eius reddidit, istam, quod si creditor voluerit pignus in creditum possidere, non possit, quod amplius debetur, petere, quasi de cætero transegerit, qui pignore fuerit contentus. Hac autem ratione hoc confirmari apertum est, quod is, qui maluit creditum in creditum possidere, debeat pignore contentus esse, siue, quod idem est, pro ea quantitate, quæ debetur pignus habere: sic vt si quid amplius debetur, quam pignus valet creditor petere non possit.

2. Deinde nititur Donellus etiam hoc fundamento quod in aliis etiam iuris textibus verbum quantitatis eodem modo accipiatur, vt *in l. si seruus. ff. de pign. act.* Cum ait creditori de sumptibus ab ipso factis esse actionem continuam non tamen sic, vt cogatur seruis carere pro quantitate sumptuum debitor.

Huic autem sententiæ argumenta præcedentis opinionis non obstare videntur.

Nam ad primum ex proprietate verborum deductum respondetur, à proprietate verbi solere ob manifestam æquitatem, quæ huic sententiæ, vt mox ostendetur, subest, recedi *l. placuit. C. de iudic.* item si ex ratione subiecta, prout in proposito casu fieri demonstratum est, aliud colligatur; siquidem ex ratione magis, quam ex verbis legis mens legumlatoris colligitur; Hoc enim est quod ICtus ait *in l. 39. ff. de legat. 3.* Non aliter à significatione verborum propria recedendum, quam si manifestum fuerit id voluisse legumlatorem.

Ad secundum argumentum respondetur ex mente Donelli, æquissimum esse pignora addici pari quantitate, contra iniquissimum pignorum æstimatione debitum excedente, nihil debitorem à creditore repetere, eadem vero quantitatem debiti non adæquante, nihil à debitore creditorem exigere amplius posse; sed hoc ita, nisi creditor pignus in solutum accipiens transegerit cum creditore, vt facit quando sibi pignora minoris quantitatis addici postulat *d. §. 3.* hæc transactio & pactio tacita facit vt non solum iniquum non sit, creditorem quod sibi deest amplius petere & exigere non posse, sed etiam efficit, vt si æquissimum quandoquidem æquitati nihil magis consonum est quam ea, quæ placuerunt pactis & transactionibus seruari, vt ut alias transigenti & paciscenti damnosa sit futura transactio, per textum *in l. 1. ff. de pact. & l. 1. ff. de transactionib.*

Ad Tertium argumentum respondetur, istam conditionem, *si contentus fuerit*, non haberi *in d. l. 15. §. 3.* male propterea argumentum exinde à contrario sensu deduci; neque verba ista qui contentus fuit pignora possidere conditionem, sed rationem potius præcedentium

NNNn conti-

continere, prout ex contextu legis manifest ſſimum eſt.

Ad Quartum argumentum Donellus reſpondet, eum, qui ex licitatione rem habet ea lege rem ſibi traditam habere vt eo precio, quod dictum eſt illam retineat, quoniam emerit illam, non in creditum acceperit: In propoſito autem de eo tractari, qui pignus non emerit, ſed in creditum poſſidere maluerit cui, ſi plus petat, obſtet conuentio & transactio.

Ad Quintum etiam à Donello reſpondetur dominium in pignore, quando à principe impetratur, impetrari ſimpliciter, à magiſtratu vero non alia lege & conditione, quam ſi creditor velit pignus poſſidere in creditum, quod cum fit, tacitam in ſeſe habeat de reſiduo pactionem & tranſactionem.

Ad poſtremum reſpondet Donellus eſſe iniquum & contra ius creditorem amittere exactionem quantitatis debitæ, in quam pignus non ſufficit, quando pignus accipit, vt pignus, quod enim cautionis alicui datum eſt, id in eius perniciem conuerti non poſſe: At longe diuerſum eſſe dicit quando pignoris dominium in creditorem transfertur: Cum enim cogatur hoc poſſidere in creditum, ſi vltro id admittit, de ſe queri debet: Nemo ſiquidem intelligitur fraudare eos, qui ſciunt & conſentiunt, vt eſt regula iuris *L. Nemo videtur. Digeſt. de Reg. Iur.* Sed nec illud dici poſſe, ait Donellus, fieri in hac re debitori iniuriam, ſi poſtulanti creditori pignus in creditum addicatur, ita vt ſi forte illud pluris valeat, quam debetur, non cogatur creditor ſuperfluum reddere; quoniam metuendum non ſit vt pignus pluris valeat quam eſt debitum, cum de eo pignore hic quæratur, quod nec emptorem quidem reperit, id eſt quod ita venum expoſitum eſt, vt nemo exiſteret, qui vel tantillo licitaretur, quod argumento eſt rem nihil æſtimatam eſſe: Nam ſi aliquis extitiſſet, qui licitatus eſſet, nullo alio emptore exiſtente, pignus ei adiiceretur.

Quod ſi porro non ſufficiant bona debitoris ad exſoluendum debitum, peruenitur ad perſonæ capturam textus *in l. 1. Cod. qui bonis cedere poſſunt*, vbi Alexander Imperator; *Qui bonis*, inquit, *ceſſerint, n ſi ſolidum creditor receperit, non ſunt liberati. In eo enim tantummodo hoc beneficium eis prodeſt ne iudicati detrudantur in carcerem.* Debitores proinde, qui in bonis non habent vnde ſuis creditoribus ſoluant & ſatisfaciant, capi poſſunt, niſi gaudeant beneficio & priuilegio competentiæ; de quibus ſupra nonnihil dictum fuit; At niſi bonis ceſſerint, de quo in ſequenti diſputatione nonnihil dicetur.

Cæterum de executione pro debito facienda Elector Saxoniæ Auguſtus *in conſtit. 32. part. 1.* ita conſtituit. Wann auff vergehende Proceß vnd Vrtheil/ oder geſtandene richtige Schuld / dem Schüldner die Zahlung aufferlegt/oder in verbleibung deſſen die Hülff ernant vnd angeſetzt worden/ darzu ihme dann Sächſiſche friſt gegeben werden ſoll/ vnnd es thut mitler Zeit der Schuldner ſeinen Gläubigern keine Bezahlung/ So ſoll der Richter nach beſchehener Hülff / das verholffene Gut in der Gemein/ vnd auff dem marckt / durch den Fronbotten feil bieten vnd ſubhaſtiren laſſen.

Gibt ſich dann ein Kauffman an/ vnd ſetzt ein Geld darauff / ſo ſoll daſſelbige widerumb außgeruffen/ vnd das verholffene Gut deme ſo am meiſten dauer geben will / gelaſſen werden.

Findet ſich aber nach beſchehener ſelbte-

feilbietung kein Kauffman / so soll das verhoffene Gut / nach verlauffung dreyer Viertzehen Tage / durch die Gerichte / vmb bar Geld / vnnd auff Tagezeit / beides dem Rechten vnnd gemeinem werth nach / wie des Orts die Güter auff die Zeit gültig / gewirdert vnnd geschetzt vñ mit vormeldung solcher Tax / ferner zu feilen Kauff / drey Viertzehen Tage nach einander offentlich V rkündiget werden / vnd do außgangs der Zeit / solch verhoffenes Gut nicht verkauffet würde / alsdann sollen die Gläubiger dasselbige in dem Werth wie es Taxiret / jedoch vnbeschadet eines jeden Rechtens vnnd Prioritet anzunemen schuldig seyn / vnd jhnen frey stehen / ob sie es der Schatzung nach vmb bar Geld / oder auff Tagzeit annemmen wollen.

Würde sich aber der Schuldner oder auch die Gläubiger solches Tax auß erheblichen Vrsachen Beschweren / so soll jhnen nachgelassen werden / das verhoffene Gut anderweit durch die Land Schöppen / vmb bar Geld / oder auff Tagezeit / abermals wirdern zu lassen / vnd wie es durch dieselbige geschätzt / dabey sol es bleiben / vnd solches in Persöhnlichen Klagen.

Wann aber auff Klagen / so dinglig sind / die Hülffe gesucht würde / so sol der Richter dem Gläubiger zu dem Erklagten Gut in Viertzehen Tagen / nach deme das Vrtheil sein krafft erreichet / verhelffen.

Circa quam constitutionem illud inprimis in controuersiam vocatur, vtrū in venditionibus subhasta iudicis decreto factis locum habeat *l. 2. Cod. de rescind. vendit.*

Pro negatiua sententia pugnant Guido Papæ *decis. 32. in fin.* Bartol. *in l. 1. ad L. 2. n. 5. Cod. de resc. vendit. Cod. de præd. decur. en.* Iacob. Menochius *2. præsumpt.* 75. Ioh. Sichardus;

Quæst. 54 Illorum fundamentum consistit in eo quod decretum prætoris, authoritas iudicii, solennitas subhastationis faciat omnem doli & læsionis præsumptionem cessare; ita vt subhastatione rite & legitime facta iusto precio res vendita præsumatur, nec possit dici deceptus emptor *l. si hypothecas. Co. l. de remiss. pign.*

An in venditionibus subhasta locum habeat L. 2. C. de rescind. vendit?

Pro Affirmatiuæ, quod scilicet in venditione subhasta celebrata non minus atque aliis in venditionibus locus sit *d. l. 2. C. de rescind. vendit.* militant. Arius pinellus *in d. l. 2. p. 2. c. 2. num. 25.* Fabian. de Monte *in tract. de empt. vendit. quæst. princ. 5. num. 88.* Andr. Raucharus *lib. 1. quæst. 46. num. vlt.* vide & Daniel. Moller. *lib. 3. semestr. c. 12.*

Quam opinionem confirmat textus *in l. 1. Cod. de fid. instrum. & iure hast.* vbi alienatio facta cum authoritate iudicis in distractione bonorum debitoris fisci rescinditur, probata læsione debitoris.

Idem quoque probare videtur textus *in l. si quos 16. Cod. de rescind. vendit.* vbi ita rescribitur: *Si quos debitorum mole depressos necessitas publica rationis adstringat proprias distrahere facultates, rei qualitas & redituum quantitas æstimetur, nec sub nomine subhastationis publicæ locus fraudibus relinquatur vt possessionibus viliore pretio distractis, plus exactor ex gratia, quam debitor ex precio consequatur: Hi postremo sub emptitiulo perpetuo dominii iure potiantur qui tantum à numerariis fisco, quantum exegerit vi litas priuatorum. Etenim per iniquum est vt alienis bonis, sub preciosa auctione distractis, parum accedat publico nomini, cum totum pereat debitori.* Hisce verbis satis indicatur, quod etsi iudicis authoritas & decretum in venditionibus interuenerit, inequalitas tamen, si quæ acciderit ad æqualitatem reduci & læsio omnis tolli & emendari debeat.

5. Idem quoq; probant textus *in l. fin. C. si in causa iudicat. & l. 3. C. de execut. rei iud.*

Ex quib. colligitur in publicis etiā venditio-

ditionibus & subhastationibus fraudē quandoque committi eamque fraudē ac deceptionem corrigi debere. Quocirca in hisce venditionibus locus erit etiam *d.l.2.*

Damhuderus *in tractat. de subhastatione cap. 14. num. 26.* distinguit inter venditionem sub hasta factam ex necessitate vbi bona dantur maius precium offerenti (qualis est & ista venditio, qua in executione rei iudicatæ res pignori captæ distrahuntur) & inter eam, quæ non ex necessitate, sed propter vtilitatem fit & bona domini venum exponuntur sub hasta & venduntur pro arbitrio quatenus inter ipsum & emptorem conuenerit, vt in necessaria subhastatione non habeat locum *d. l. 2.* in voluntaria autem locum habeat. Et hanc sententiam atque distinctionem amplectuntur etiam Gabriel. *lib. 3. conclus. tit. de empt. & vendit. conclus. 1. n. 16.* Arius Pinellus *d. c. 2. num. 26.*

Ego in hac Dd. dissensione & concertatione sic statuendum censeo, remedium *d. l. 2.* in venditionibus etiam, quæ publico magistratus decreto fiunt, siue sint necessariæ, siue sint voluntariæ locum esse *d. l. 2. Cod. de rescind. vendit.* non quidem propter fundamenta pro secunda opinione allegata: Quandoquidem ea extra scopum quæstionis propositæ loquuntur: Nam vt taceam quod Arius Pinellus respondet, *in d. l. 1. Cod. de fid. instr.* agi de alienatione facta non obseruatis solennibus iuris & *in d. l. 2. eod.* tractari de alienatione minus solenni, vel minori precio, ex dolo officialis & aduersarii illius debitoris fisci ita vt non solum debitori, sed fisco fraus fiat: Quodque idem Pinellus ad *d. l. si quos. C. de rescind. vendit.* respondet, & ibi fraudem esse factam non solum debitori sed etiam fisco detrimentosam, nec ibi proprie decretum interuenisse, de quo hic quæritur. Illud etiam obseruare licet quod in omnibus ante allegatis legibus retractatur emptio-venditio etsi læsio non excedat dimidium iusti precii; Cum hoc proprium sit venditionum rerum priuatarum, quas fiscus in bonis debitorum suorum vendit, ob cessationem tributorum vel aliarum publicarum functionum, vt irritæ sint si res minus iusto precio venditæ & distractæ fuerint Donell. *ad d. l. 2. Cod. de rescind. vendit. & l. si quos. Cod. eod. tit.* Denique, posito, quod istæ leges hoc euincant quod venditiones etiam cum decreto sub hasta factę propter enormem læsionem rescindantur, exinde tamen minime sequetur quod rescindantur remedio & beneficio *d. l. 2. Cod. de rescind. vendit.* cum istud non in eo saltem consistat vt rescindatur emptio & precium emptori, res venditori reddatur, sed etiam vt optionem habeat læsus, vtrum malit discedere à contractu, an vero habere supplementum eius, in quo læsus est. Atqui adducti textus ostendunt præcise contractum rescindi, nec huiusmodi optionem dari læso; & rescindi ob qualemcunque læsionem & inæqualitatem.

Quanquam igitur supra allegatæ leges sententiam affirmatiuam non probare videantur, ei tamen non eo minus subscribendum esse arbitror propterea, quod venditio quæ fit sub hasta generali venditionis appellatione continetur, & *d. l. 2. C. de rescind. vendit.* in genere de venditione loquatur.

Nec me quippiam mouet contrariæ negatiuæ opinionis fundamentum, in authoritate iudicis omnem læsionis & doli præsumptionem excludente: Nam quod, interueniente etiam decreto & authoritate iudicis, læsio & deceptio in venditionibus contingere valeant, non solum res ipsa edocet, sed probant etiam

iam *d.l.1.& 2. C. de fide instrum. & iure hast. l.16. Codic. de resc. vend. l. fin. C. si in causam rei iudicat. l.3. C. de execut. rei iudicat.* Deinde etsi præsumptio quædam excluderet suspicionem læsionis & doli: Ista tamen præsumptio admitteret probationem in contrarium Andr. Alciat. *de præsumpt. reg. 1. præsumpt. 21.* Felin. *in cap. cum causa. num 4. extr. de offic. delegat.* Daniel Mollerus *lib. 3. c. 12. n. 7.* Si proinde emptor vel venditor læsionem probaret, prout in remedio *d. l. 2.* ante omnia fieri debet non obstante tali præsumptione audiendus foret.

Etsi autem de iure communi res ita sese habeat, iure tamen prouinciali Saxonico aliud dicendum videtur, prædictum scilicet beneficium *l. 2.* in venditione sub hasta facta non obtinere: Siquidem *in d. constitut. 22. part. 1.* expresse cautum est, vt si debitor vel eius creditores per primam æstimationē se læsos existiment, repeti illa debeat, & quidem per alios æstimatores, vnnd wie es durch dieselben geschätzet / darbey sell es bleiben / hoc est illorum æstimationi & taxationi tandem acquiescendum. Daniel Moller. *d. c. 12. & ad d. constit. 22. num. 21*

Finis disputationis vigesimæ tertiæ.

NNNn 3 VOLV-



VOLVMINIS POSTERIORIS DISPVTATIONIS VIGESIMÆ QVARTÆ.

De Benefic. creditor. contra debitores.

QVAESTIO I.

I. *An missio in bonorum possessionem sit imperii mixti?*

II. *An magistratus municipalis habeat mixtum imperium?*

III. *An missio in possessionem mandari possit?*

IV. *An quo iudice fiat missus?*

V. *An creditor conditionalis ex primo decreto in possessionem bonorum mittatur?*

VI. *An missio fiat in vniuersa bona?*

VII. *An missio fieri possit in possessionem rerum feudalium?*

VIII. *An in bona minoris non defensi possit fieri missio creditoris?*

IX. *An indefensus sit cuius procurator esset negligens vel contumax?*

X. *An missus in possessionem bonorum ex primo decreto fructus percipiat?*

XI. *An ex primo decreto possideat?*

XII. *An ex primo decreto pratorium pignus constituatur?*

XIII. *An creditor prohibitus possessionem ingredi, si consecutus fuerit, quanti ea res est ab extraneo, possit adhuc contra debitorem agere?*

XIV. *An secundum decretum pariter in actione reali & personali interponatur?*

XV. *Si fraudulenter latitans exceptione tutus sit, locus sit decreto?*

XVI. *An tempus quo secundum decretum interponatur, iudicis arbitrio determinare debeat?*

XVII. *Et quantum sit de iure Canonico?*

XVIII. *Curatores bonis dati an in suum locum possint procuratorem constituere?*

XIX. *An in reali actione lapsus temporis verum successorem faciat?*

XX. *An dominium tribuat secundum decretum?*

XXI. *Qualiter fiat missio plurium?*

XXII. *An infames cessio bonorum?*

XXIII. *An propter aes alienum debitoris sepultura prohiberi aut impediri queat?*

XXIV. *An foemina possit bonis cedere?*

XXV. *An heres non conficiens inuentarium?*

XXVI. *An non conuentus à debitoribus possit bonis cedere?*

XXVII. *An beneficio cessionis possit renunciari?*

XXVIII. *An cessio prosit fideiussori?*

XXIX. *An Doctores & Professores cedere possint bonis?*

XXX. *An etiam Clerici?*

XXXI. *An milites?*

XXXII. *An pater vxoris matrimonio constante,*



VOLVMINIS POSTERIORIS DISPVTATIONIS VIGESIMÆ QVARTÆ.

De Benefic. creditor. contra debitores. Resolutio.

THESIS I.

Lit. A. X ordinatione Cameræ Imperialis contra contumacem tribus modis procedi posse notat Andr. Gail. *l. b. 1. obseruat. 60.* primo ad pœnam banni. Deinde ad immissionem bonorum, secundum naturam intentatæ actionis & distinctionem, quæ traditur *in cap quoniam frequenter. § in aliis vero casibus vt lit. non contest.* Tertio procedere potest in causa principali vsq; ad sententiam definitiuam & decisionem causæ *l. consentaneum C. quomodo & quando iudex.* ita enim habent verba *ordinat. Camer. in tit. 43. part. 3.* So der Antwortter in erster Recht ertigung deß Kriegs vngehorsamb seyn / vnd darauff das Ruffen auff deß erscheinenden Klägers begeren erkand / auch nach demselben drey Gerichtstäg vberscheinen würden / soll dem Kläger vergunt vnnd zugelassen seyn / gegen dem Vngehorsamen vnnd nicht erscheinenden Antwortter zu dem Acht / vnnd aber Acht / oder zu dem Einsatz / nach gelegenheit der Sachen / ex primo Decreto, oder aber in der Hauptsach ordentlicher weiß biß zum End / welches deren jhm dem Kläger am gelegensten seyn will / zu procedirn / vnnd welchen Weg er also fürnehmen wird / darzu soll jhm durch Cammer Richter vnd Beysitzer verhelffen werden.

Doch wo der Kläger also zur Acht wider den Vngehorsamen procediren wolt / soll er denselben von newem darzu wie sichs gebührt / vnd nemblich zusehen vnd hören / sich vmb solchen sein Vngehorsamb in die Acht vnnd aber Acht zu erkennen / oder Vrsachen darwider für zuwenden / laden vnd citiren lassen. Vnd so er darauff außbleiben / vnd abermals Vngehorsamb seyn würde / als dann allererst nach erkantem vnd beschehenem Ruffen / auch verscheinung der dreyen Gerichtstäg in die Acht erklärt vnd erkandt werden.

Vnd so der Antwortter vmb seines vngehorsam willen in die Acht erklärt worden / soll der Kläger gut Recht vnnd Macht haben /

haben/solches Echters Haab vnd Gut vor dem Käyserlichen Cammergericht vnderschiedlich zubenennen/vnd darein gesetzt zu werden begeren: Darauff auch jhn der Cammerrichter/mit rechtlicher Erkandtnuß/in deß Echters Haab vnd Güter einsetzen/vnd soll ein jeder Fürst/Oberkeit oder Commun/ vnder dem oder denselben der Echter gesessen/ oder sein Haab vnd Gut wesend oder gelegen ist/ auff deß CammerRichters erkandten Proceß/dem Kläger deß Echters Haab vnd Gut folgen lassen/vnnd jhm darinn kein Verhinderung/ sondern Schirm vnd Handhabung thun/ inmassen hernach/ von Execution gesprochener Vrtheil geordnet ist. Was aber Lehen Güter weren/ derselbigen Güter Jährliche Abnutzung soll der Lehenherr/so viel derselben vbernotürfftige Versicherung vnd Bestellung solcher Güter vbrig seyn werden/dem Kläger reichen vnd folgen lassen/so lang der Echter in der Acht ist.

Wo aber der Kläger diesen Weg/ mit Erklärung der Acht/ auch den andern mit der Einsetzung ex primo Decreto fallen lassen/vnnd in der hauptsach fortfahren wolt/ soll auff sein Anruffen/nach beschehenem ruffen/auch verscheinung der dreyer Gerichtstäg/ der Krieg in contumaciam für befestiget angenommen/ vnnd darauff biß zum nechsten Gerichtstag/zu articulirten frist gegeben werden: Doch möcht er alsbald ohn weitern Schub/ sein eingelegt Libell, so fern das articulirt were/an stadt der Articuln repetiren/ mit Anklagung deß Widertheils vngehorsam (es were dann daß der Richter auß bewegenden Vrsachen/nach gestallt vnd gelegenheit der Angeklagten Vngehorsamb/solches zu nechsten Gericht zu thun beschiede) vnd alsbald darnach bitten/sich vnd dieselben Articul zubeweisen zuzulassen. Vnd soll alsdann der Richter auff solch anruffen/so fern die Articul zulässig vnd pertinentes, darüber er dann zu forderst erkennen soll/zu solcher Beweisung frist nach ermessung eines Gerichts/bestimmen vnd geben/ vnd also deß Klägers Kundschaffe vnd ander Fürbringen hören/vollnfahren/ vnd endlich Vrtheyl geben. Vnd ob für den vngehorsamen Theil würde gesprochen/ soll doch der gehorsam Kläger der Kosten vnd Schäden erledigt werden.

Doch soll in diesem Fall/so dermassen in der hauptsach procedirt würde/ der Vngehorsamb vor Außtrag vnnd End deß Rechtens in die Kosten vnnd Schäden nicht vertheilt werden.

Ex hisce porro tribus viis atq; remediis actori liberum est vnum pro arbitrio suo eligere; quia, quotiens multa remedia à iure introducuntur alternatiue, tunc optio eligenti alterum non iudici, sed parti permittitur, etiam eo casu, quo verba non partem, sed iudicem concernunt *d.l.Consentaneum C.quomodo & quando iudex*. Andr. Gail.*1.obseru.60*.

Sed vtrum vno ex tribus istis remediis electo ad alterum progredi liceat creditori? controuersum est? Videtur tamen hoc negandum: Nam *in l.9.ff.de curator.furioso.* regula hæc generalis proponitur: Sicut integra re, potestas est è duobus, alternatiue competentibus, vtrum quis velit, eligendi: ita cum alterum electum fuerit, altero abstinendum esse.

2. Deinde quotiens res duæ alternatiue alicui deferuntur, totiens, vno electo, sententiam mutare & variare amplius non posse constans est iuris nostri sententia *l.84.§.9 de legat.1.l.11.in fine.ff de de legat.2.l.5.ff.de separa.l.20.ff.de opt.legat.*

Veruntamen Andr.Gail. ad hoc argumentum respondet, prædicta tria remedia ex ordinatione non solum alternatiue procedere, & propterea variationi locum esse, sed etiam ad diuersa tendere: quotiens autem actio ciuilis & cri-

minalis ad fines diuersos tendunt, actio ciuilis ad rei persecutionem, criminalis vero ad vindictam, tunc vna per aliam non tollatur, nec qui prius egit ciuiliter prohibeatur postea agere criminaliter. Et ideo cum remedia ista tria non solum alternatiue procedant, sed etiam ad diuersa tendant, vno electo, reliqua non tolli verius est. At contra fit in adductis textibus. Nam *d. l. 9. ff. de curator. furios.* expresse loquitur de distractatione bonorum quæ fiat aut à creditoribus aut à curatore furioso dato. Cæteris vero in textibus agitur de duabus rebus alternatiue debitis, non vero de remediis diuersis ad fines diuersos tendentibus.

Concludit igitur Gailius, quod si actor vnam ex prædictis viis semel elegerit veluti viam procedendi in causa principali & in ea vsque ad litis contestationem progressus sit, atque lis in contumaciam pro contestata accepta sit, variare nihilominus, & vnum ex cæteris remediis eligere queat. Et ita quoque in iudicio Cameræ Imperialis in causa Thetmar contra Smecker & in causa Widtman contra Rosenaw & consortes obseruatum fuisse testatur.

Lit. B. Contumacem porro ait noster Author non solum illum dici qui tribus edictis euocatus sui præsentiam in iudicii loco nō facit, sed & eū vere contumacem esse, qui in eodem foro creditoris comparet, sed creditoris occursum euitat, aut se circa columnas vel stationes occultat: ita n. Vlp. *in l. 7. §. Illud sciendū 13. ff. quibus ex caus. in possess. eat.* Denique, inquit, eum quoque, qui in foro eodem agat, si circa columnas aut stationes se occultet, videri latitare, veteres respon derunt. Quid hoc loco sit, *circa columnas aut stationes sese occultare*, quæritur & quidem Iacob. Reuardus *lib. 4. varior. c. 7.* ait circa columnas se occultare, hoc loco eo dici, qui post columnas aut statuas fugiunt circa stationes vero, qui se tempore conuentus municipiorum, Iuuenum, Senatorum aliisue, si quæ sunt, stationibus adiungunt aut immiscent, vt hoc medio conspectum fugiant aduersariorum. Eos qui circulis hominum, in certo aliquo loco stantium, sese immiscent, hos occultare se circa stationes dici. Tales autem stationes erant tum senatorum, tum municipiorum, tum Iuuenum in foro Romano. Per columnas intelliguntur illæ, quibus impositæ stabant statuæ in foro aliisque publicis in locis: ad has statuas cum fugerent obærati, præ creditoribus sese occultantes, inde columnas nos appellatos fuisse ostendit Andr. Alciatus *lib. 4. parerg. c. 27.* Lit. C.

Quæst. II. *An missio in bonorum possessionem sit imperii mixti?*

Inter eos porro modos, quibus con tra reum contumacem proceditur, referri quoque missionem in bonorum pos[ses]sionem dubium non est: hanc autem [miss]ionem in bonorum possessionem esse imperii mixti probat euidenter *l. 4. ff. de iurisd.* vbi Vlp. ait: Iuberi caueri prætoria stipulatione & in bonorū possessionē mittere imperii magis est, quam iurisdictionis. Sed quod non sit mixti imperii sed iurisdictionis hisce sequentibus argumentis probari videtur.

1. *In l. 1. ff. de iurisd.* missio in bonorum possessionem annumeratur iis quæ sunt iurisdictionis: Nam illic hoc modo scribit Vlp. *Ius dicentis officium latissimum est: Nam & bonorum possessionem dare potest & in possessionē mittere, pupillis nō habentibus tutores constituere, iudices litigantibus dare.*

2. Quæ mādari possunt, non sunt imperii mixti, sed iurisdictionis *l. 1. in pr. ff. de offic. eius cui mandata est iurisdict io.* Atqui missio in bonorū possessionem potest mandari per text. *in l. cognitio §. vt possessio ff. eod. tit.* Non igitur est mixti imperii sed iurisdictionis. 3. Magistratus municipalis nō potest ea facere, quæ magis imperii sunt, quam iurisdictionis *l. 26. ff. ad Munic.* Atqui magistratus municipalis non potest mittere in possessionē bonorū *l. 4. §. duas ff. de*

de damn.infect. Cæterū cōtraria sententia longe verior mihi esse videtur: Nam ꝙ missio in bonorum possessionem sit magis imperii quam iurisdictionis diserte pronunciatum est *in l.4. ff. de Iurisdict.*

Nec multum repugnare videntur quæ supra in contrariū sunt adducta: Quod enim *ad d.l.1.ff. de iurisd.* non dicit ꝙ ea, quæ illic speciatim recensentur, sint iurisdictionis & ad iurisdictionē referri debeant, sed ꝙ ad ius dicentis officium spectent: Aliud vero est officium ius dicentis & aliud iurisdictio: Ius dicentis, h.e. magistratus officium longe latius patet quam iurisdictio, quoniā omne id, quod ad officiū magistratus, atq; adeo omnia ea quæ non solum sunt iurisdictionis sed etiam quæ sunt imperii, itemq; quæ à lege magistratui specialiter deferuntur continet. Id ꝙ inprimis exemplum tutoris dationis demonstrat: T. t ris enim dationem non esse iurisdictionis, sed nec Imperii, verum iis duntaxat competere quibus à lege specialiter demandata est, probat *l. 6. ff. de tutel.* & tamen ad ius dicentis officium pertinere dicitur: Latissimū proinde est istud officiū, nec ad ea saltē, quę iurisdiction. sunt restringenda.

Ad 2, resp. Vdal. Zas. *in d.l.4.n 10.ff. de Iurisd. in allegata l. cogn.* non ipsam in bonorū possessionē missionē, sed cognitionē duntaxat, an sc. aliquis in bonorum possessionē mitti debeat demandari: istam cognitionem esse simplicis iurisdictionis, & ideo cuiuis demandari posse; At ipsam missionē in bonorū possessionem esse mixti imperii: ac proinde non posse alii delegari: Et in summa aliud esse missionem in bonorū possessionē, & aliud cognitionē super ista missione, in bonorum possessionē facienda; Illā esse imperii mixti, hanc simplicis Iurisdictionis.

Sed melius fortassis quis responderet: falsum, imo falsissimū esse ꝙ imperium mixtū nō possit mādari: Repugnāt quippe *l.1. in fine & l. vlt. ff. de offic. eius cui mand. l.4. ff. de iurisd* Quin potius, ea, quæ imperii sunt mixti, quia iure magistratus competunt, mandari possunt, per textum expressum *in d.l.1.ff. de offic. eius. in prin.* Nec quicquā in cōtrariū allegata ista *l.1.* facit, quoniam non de mixto, sed de mero imperio & criminali iurisdiction. loquitur.

Ad postremum arg. respondetur, etsi magistratus municipalis non habeat ea, quę magis sunt imperii, q̄ iurisdictionis, *d.l.26. ff. ad municip.* habet tamen ea quæ mixti sunt imperii, h.e. illæ, quæ non magis sunt imperii, quā iurisdictionis. Deinde, etsi regula sit, ꝙ ea, quæ magis sunt imperii quam iurisdictionis nō tribuantur magistratui municipali *d. l. Ea, quæ ff. ad municip.* excipiuntur tamen missio in bonorum possessionē & cautio de damno infecto: Hæc quippe duo prætor suo edicto municipali magistratui demandanda existimauit *l. 4. §. duas. 3. ff de damn. infect.* idque ideo quia hæc res celeritatem desideret & periculosa dilatio prætori videatur. Extra ergo causam damni infecti magistratus municipalis nō habet ius mittendi in bonorum possessionem.

Deniq; non obstat ꝙ Zas. *in d.l.4.* statuit missionē in possessionē bonorū esse imperii, nō iurisdictionis, quoniā IC. *in ea L. 4.* dicit bonorū possessionem magis esse imperii, q̄ iurisdictionis quæ verba sint electiue, nō cōparatiue intelligenda quasi dixisset IC. missionē in bonorū possessionē potius imperii, q̄ iurisdictionis esse, id est, imperii mixti esse, non iurisdictionis. Nā recte Scip. Gentil. *in tr. de iurisd. lib. 1. c. 24.* hoc ex eo refellit, ꝙ quicquid mixti imperii est idē etiā sit iurisdictionis *l.3. ff. de iurisd.* & ideo sic verba intelligenda erunt, ꝙ in missione in bonorum possessionem euincat & prædominetur imperium.

Quæst. 2. *An magistratus municipalis habeat imperium mixtum?*

Sed vtrum magistratus municipalis habeat mixtum imperium, quoniam supra ista quæstio attacta fuit & ad propositum omnino pertinet, hic inquirere

haut erit inopportunum. Et quidem pro negantium opinione facit *l. 2. ff. de in ius vocand.* vbi dicitur illos duntaxat magistratus, non posse in ius vocari, qui Imperium habent & coercere possunt: Vnde sequitur quod non omnes magistratus habeant imperium & coercitionem: at vero tales non possunt esse alii, quam magistratus minores, h. e. municipales.

2. *In l. 32. ff. de iniur.* dicitur magistratus minor esse sine imperio.

3. *In l. 26. ff. ad municipal.* magistratui municipali aperte denegantur ea, quæ magis imperii sunt quam Iurisdictionis. Potest tamen aliis modis pignoris videlicet capione, &c.

4. *In l. vnic. ff. si quis ius dicent.* negatur municipalem magistratum posse iurisdictionem suam tueri pœnali iudicio. At hoc est imperii *l. fin. ff. de offic. eius.* Sed quod municipalis magistratus habeat imperium mixtum probatur ex eo quo iurisdictionem habet, cui mixtum imperium cohæret *l. 1. ff. de offic. eius.* & cui iurisdictio inest, *l. 3. ff. de iurisdict.* Deinde iurisdictio magistratus municipalis nulla & clusoria foret, sine imperio *l. fin. ff. de offic. eius.* Non obstant, quæ in contrarium adducta sunt Nam *in l. 2. de in ius vocand. & l. 32. Digest. de iniur.* intelligitur per imperium maius illud ac præcipuum imperium, quod in vocatione in præhensione, coercitione carceris consistit & maiori magistratui competit. *in d. l. 26.* denegantur solum ea municipali magistratui, quæ magis sunt imperii quam iurisdictionis, h. e. in quibus imperium eminet & dominatur; Non vero ea, quæ tam sunt iurisdictionis, quam imperii. Denique etsi non possit magistratus municipalis suam iurisdictionem tueri pœnali iudicio.

Quæst. 3. *An missio in possessionem mandari possit?*

Illud porro in quæstionem & controuersiam reuocatur, vtrum missio in bonorum possessionem mandari possit? Qui hoc inficias eunt isto argumento mouentur quod missio in bonorum possessionem sit mixti imperii & ideo mandari nequeat, cum ea, quæ mixti imperii sunt, mandari nequeant *l. 1. ff. de offi. eius.* quod ipsum amplius etiam confirmant *l. solent. 6. ff. de offic. procons.* vbi dicitur proconsulem causæ criminalis cognitionem legato suo mandare posse, pronunciationem vero non posse. Item quod missio in bonorum possessionem non competat municipali magistratui *l. 26. ff. ad municip. iunct. l. 4. ff. de iurisdict.* ea vero, quæ municipali magistratui non competunt, sed maiori duntaxat magistratui reseruantur, mandari, siue delegari non possint. *d. l. 1. pr. ff. de offic. eius.*

Quod insuper ea, quæ decretum & causæ cognitionem desiderant per libellum, hoc est, mandatum, siue delegationem expediri non possint *l. 9 §. vbi decretum. Digest. de offic. proconsul. l. omnia quæcunque 71. ff. de R. Iur.*

Quod item vbicunque causæ cognitio desideratur, prætor interuenire debeat *l. vbicunque 105. ff. de Reg. Iur.* Quod denique *in l. 4. §. duas. ff. de damn. infect.* iussus de cautione damni infecti præstanda & missio in bonorum possessionem mixti sint imperii *l. 4. de iurisdict.* & tamen magistratui municipali non nisi certo casu, nempe in causa damni infecti mandari potest missio in bonorum possessionem *l. 1. & l. 4. ff. de damn. infect.*

Cæterum non est quod quenquam hoc argumentum moueat. Quod enim possit mandari missio in bonorum possessionem, ex eo colligitur quod mixti est imperii, prout proxime demonstratum fuit ex *l. 4. ff. de iurisd.* ea autem quæ mixti sunt imperii mandari possunt: Restitutio quippe in integrum mixti est imperii *l. Ea quæ 26. ff. ad municipal.* & tamen mandari potest *l. vltim. Cod. vbi & apud quem.*

Et quod missio in bonorum possessioné mandari valeat, apertus est textus *in l.*

l. cognitio. 4. §. 1. Digest. de offic. eius cui mandat. est iurisdict. vbi Macer ICtus hæc in verba scribit: *Vt possessio bonorum detur, vel si cui damni* infecti non caueatur, vt is possidere iubeatur, aut ventris nomine in possessionem mulier, vel is, cui legatum est, legatorum seruandorum causa in possessionē mittatur, mandari potest.

Nec refragatur contrarium argumentum: Nam modo negauimus quod mixtum imperium iure ciuili sit indelegabile. Nec ad rem faciunt, quæ pro obtinenda ista sententia adducta fuerunt. Nā quod ista lex *prima ff. de offic. eius cui mandat. est iurisdict.* ad mixtum imperium nō pertineat, sed de mero solum sit concepta, illudque mandari prohibeat plus quam manifestū est ex ipso textu. Quin potius ille ipse textus clarissime demonstrat quod mixtum imperium delegari queat: ait enim, ea quæ iure magistratus competunt, mandari posse: At nemo quisquam hactenus negare est ausus, imperium mixtum iure magistratus competere.

Nec mouet quicquam *d. l. solent. 6. ff. de offic. procons.* Loquitur enim de iurisdictione criminali & mero imperio: Non vero de iurisdictione ciuili & imperio mixto; igitur iste textus plane impertinenter adducitur.

Sic etiam parum aut nihil ad rem facit, quod missio bonorum possessionem magistratui municipali non competit, sed reseruatur maiori magistratui, & ideo non potest delegari: Nam consequentiam huius argumenti nego. Ea enim quæ reseruantur magistratui maiori possunt vtique mandari, dummodo iure magistratus competāt, veluti imperium mixtum & missio in bonorum possessionem *d. l. 1. ff. de offic. eius.*

Sic etiam minus ad propositum confert quod ea quæ decretum & causæ cognitionem desiderant per libellum non possint expediri. Nam falsissima & plane erronea est interpretatio ista qua libellum interpretantur de mandato, siue delegatione: Sed potius ista est adductarum legum sententia; Cum in causa quadam decretum magistratus & plena cognitio desideratur, non sufficiat vt pars ipsi magistratui supplicationem, seu libellum supplicem offerat, quo eius permissu petat, ac huic libello ipse magistratus subscribat, atque ita de plano procedatur, sed pro tribunali, magistratu sedente, negotium illud expediri debeat cum plena causæ cognitione. *l. 6. C. de præd. minor. 25. ff. de excusat. tutor. l. 4. Cod. de dilat.*

Idem plane respondetur ad *d. l. vbicunque 105. de Reg. Iur.* Deinde etiam tunc interuenire prætor dicitur, quando iurisdictionem suam alteri mandat eandemque per alium exequitur. Delegans quippe non habet propriam iurisdictionem, sed eius, qui mandauit, iurisdictione vtitur *l. 1. §. 1. ff. de offic. eiu.* Nec pro suo, sed pro eius imperio agit, cuius mandatu ius dicit, quia mandatu eius fungitur *l. 3. ff. eod. tit.* Denique mandatarius fungitur officio eius, qui mandauit *l. solet. 16. ff. de iurisdict.*

Denique non est magni momenti, quod cautio damni infecti & missio in bonorum possessionem ex singulari ratione in causa damni infecti delegari possint magistratui municipali. Ad hoc enim respondetur magistratum per se & suo iure, absque speciali magistratus superioris delegatione habere missionem in bonorum possessionem itemque cautionem de damno infecto. Nec obstat quod *in d. l. 1. ff. de damn. infect.* dicitur prætor magistratui municipali delegasse iurisdictionem: Nam hoc ita accipiendū est, quod prætor edicto suo perpetuo non aliquo speciali mandatu instituerit & detulerit in causa damni infecti cautionem & missionē in bonorum possessionem municipali magistratui; Ex iure

igitur ordinario habet ista municipalis magistratus; id quod etiam haut obscure colligitur ex *d.l.4.§.1.ff. de damno infect.* dum ibi dicitur prætorem iniunxisse magistratui municipali cautionem & missionem in bonorum possessionem, cætera sua iurisdictioni reseruasse. Iam vero si delegasset solum & demandasset cautionem & missionem, vtique ea quoque sibi reseruasset, quoniam delegans non transfert iurisdictionem in delegantem, sed exercitium saltem eius ipsi committit, quod habeat quoque vtatur non suo, sed delegantis nomine: Vnde etiam delegatus nil proprium habere dicitur, *d.l.1 §.1.Digest. de offic.eius cui mand.est iurisdict.* Nec est quod aliquis moueatur verbo *delegandum* quia *delegare* quandoque idem significat quod *transferre d.l.1.§.1.ff.de offic.eius.*

Lit. B. Missionem porro in possessionem bonorum fieri dupliciter, ex primo videlicet vel secundo decreto, certum est, & mox in sequentibus dicetur & plenius explicabitur. Addit quidem Hotomannus decretum tertium, quo curator bonis vendendis constituatur ita vt ad missionem in possessionem bonorum tria desiderentur decreta: Vnum quo possideri bona iubeantur: Alterum quo distrahi iubeantur postquam triginta dies possessa fuerint. Tertium, (quod iuxta Hotomanni sententiam, secundum in ordine locum obtinet) quo curator vendendis bonis constituitur.

Verum hæc sententia plane mihi improbabilis esse videtur: Quod enim decretum istud de curatore bonis constituendo non sit necessarium, euincit textus *in l.9.Digest.de curat.furios.* vbi dicitur, in potestate creditorum esse vtrum velint bonis debitoris curatorem dari, an vero velint bona distrahere, ita tamen vt si vnum horum elegerint, amplius non habeant ad alterum regressum non igitur præcise necessarium est tertium illud decretum.

Illud certum & expeditum esse videtur, neutrum decretum, nec primum, nec secundum sine causæ cognitione interponi posse: Non enim hoc duntaxat expressum est *in Nouell.53.cap.4.* in verb. *Tunc secundum vnam partem examinet negotium & in possessionem mittat actorem.* Et quomodo, obsecro, decretum interponeret nisi prius de causa cognosceret, quidnam scilicet debeatur & cuiusmodi sit debitoris frustratio, & vtrum etiam reus contumax sit an minus.

Præcor autem, sicut decretum interponit & missionem in bonorum possessionem actori decernit, ita quoque de decreto faciendo cognoscit. Non igitur à quibusuis iudicibus, sed à maioribus duntaxat magistratibus, puta, præside vel prætore postulandum & pro tribunali interponendum est. Et quippe decretum sententia magistratus vel principis *l.3 Cod.qui pot.in pignor.* Quæst. 4. *A quo iudice fiat missio?*

2. Accedit quod cum iurisdictionis sit missio in bonorum possessionem, & non solum iurisdictionis, sed etiam imperii & quidem ita imperii vt magis sit imperii quam iurisdictionis, vt supra ex *d.l.4.Digest.de iurisdict.* demonstratum est; palam vtique est, à iudice pedaneo, vt qui non iurisdictionem, multo minus imperium, sed nudam duntaxat notionem & iurisdictionem *argum. l. à Diuo. 15.Digest.de re iudicat.* decretum de missione in bonorum possessionem fieri & interponi non posse.

3. Vt nunc taceam quod hinc inde atque infinitis prope in legibus aperte dicitur prætor mittere in bonorum possessionem, prætor interponere decretum &c.

Sed huic obiicitur quod *in l.vltim.§.1. C.de rebus auctoritat.iudic.possid.* res vendi ex sententia iudicis, Resp. verum hoc accipi-

cipiendum est de magistratu, siue de maiore & ordinario iudice: Etsi enim magistratus olim ordinarie non fuerit solitus iudicare, sed iudicem, qui coa gnosceret & iudicaret, dare, quia tamen & ipse quandoque & quidem grauioribus in causis iudicare consueuit, hinc iudex non raro in iure nostro dicitur, vt *in l. 2. Digest. si quis in ius vocat. non ierit l. 1. ff. de iud. & l. si cum dotem. 22. §. Eo autem tempore. Digest. solut. matrimon. l. 3. Digest. ad L. Repetund. l. 3. Cod. Ex quibus caus. infam. irrogat. rubric. Digestor. de rebus authoritate iud. possid. rubric. Cod. de iurisdict. omn. iudic. rubric. C. vt omnes iudices tam ciuil. quam militar.*

RESOLVTIO THESIS
Secundæ.

Lit. A.
Quæst. 5.
An creditor conditionalis ex primo decreto in possessionẽ bonorum mittatur?

DIxi missionem in bonorum possessionem fieri duobus decretis, primo & secundo: Ex primo igitur decreto mittuntur creditores in possessionem bonorum debitoris latitantis, rei custodiendæ causa.

Circa quod primo disquirendum venit, vtrumne indistincte creditores mittantur in bonorum possessionem, siue pure, siue sub conditione debeatur?

Affirmatiuam amplectitur Author noster; pro qua etiam facere videtur textus expressus *in l. 6 ff. ex quib. caus. in poss. eat.* in cuius principio ICtus Paulus hoc modo scribit: *In possessionem mitti solet creditor, etsi sub conditione ei pecunia promissa sit.*

2. Idque ipsum porro idem Paulus *in l. 11. ff. eod. tit.* expresse confirmat: *Si filiofam.* inquiens, *legatum vel fidei commissum sub conditione, relictum fit; ducendum est tam ipsum, quam patrem, in possessionem mittendos esse, quia ambo spem commodi habent.*

Sed huic valde repugnare videtur textus *in l. penult. Digest. eod. tit.* vbi idem Paulus hoc modo scribit: *Creditor autem conditionalis in possessionem non mittitur, quia is mittitur, qui potest bona ex edicto vendere.*

Et confirmat hoc ipsum ratio satis euidens & aperta; Creditor quippe cõditionalis proprie creditor non est, pendente conditione, sicut nec debitor conditionalis reuera & cum effectu debitor est, quoniam antequam existat conditio nec debitum est, nec creditum. Expressit hoc ipsum claris & perspicuis verbis Imperator Iustinianus *in §. sub conditione. 4. Inst. de verbor. obligat.* dum ita ait: *Sub conditione stipulatio fit, cum in aliquem casum differtur obligatio vt si aliquid factum fuerit, vel non fuerit, committatur stipulatio, veluti, si Titius consul fuerit factus, quinque aureos dare spondes?* & paulo post: *Ex conditionali*, inquit, *stipulatione tantum spes & debitum iri, eamque ipsam spem in heredem transmittimus.* Hinc etiam, quod sub conditione promissum est, nondum in obligatione esse dicitur *l. si quis sub conditione. Digest. si quis omiss. caus. testam.*

Quapropter cum nondum ipsis debeatur quicquam, pendente conditione, quibus sub conditione quippiam promissum est, sed spes tantum sit debitum iri, sequitur exinde, quod, ratione eius, quod ipsis sub conditione est promissum nec pignus contrahant, nec cautio vlla ipsis debeatur Cuiacius *ad d. l. 6. & d. l. penult. Digest. ex quibus caus. in possess. eat.* & consequenter quod ex primo decreto frustra & sine effectu in bonorum possessionem mittantur.

Verum enim vero hanc contrarietatem & antinomiam, quæ primo aspectu non leuis esse videtur Iohannes Gœdd. ad *l. 12. pr. num. 13. & seq.* duplici distinctione conciliare nititur: primo enim distinguit inter creditorem conditionalem, cui sub certa conditione

conditione aliquid, & eum cui sub conditione incerta quippiam promissum est; Duplex enim est conditio, vna certa, de qua scilicet certo constat quod aliquando sit extitura, Altera incerta, de qua scilicet, vtrum extitura sit an non, constare non potest: Is igitur cui sub conditione certa quippiam debetur, ex primo decreto in possessionem bonorũ mitti potest, quoniam reuera est debitor, pendente adhuc conditione, quoniam hæc conditio, quam certum est extituram, non differt obligationem, sed diei habet effectum, ita vt ante illam res debeatur quidem, sed peti non possit. *l. sub conditione.16. & l.quod si ea.18.ff.de cond.indeb.* & de tali creditore conditionali intelligendam putat Gœdd. *d l.6.& 11.ff. ex quib.caus.* At de conditionali creditore cui sub conditione incerta debetur vult accipi *d.l.penult.eod.tit.* Deinde distinguit inter missionem in possessionem bonorum ex primo, & secundo decreto; ita vt conditionalis creditor possit in bonorũ possessionem ex primo decreto mitti, rei custodiendæ & conseruandæ causa propter spem debiti, quam ex promissione conditionali dictum est nasci, & de hoc decreto primo intelligi debeant *d l 6 & d.l. 11.* Ex secundo autem decreto non possit mitti in bonorum possessionem *d. l.penult.* quoniam hæc missio eo fit vt creditor possideat, & vt bona crediti nomine distrahantur ac vendantur *l.8.§.1.§.2. §.fin.ff de reb.auctor.iud possid.l.1.ff.de separat.* Quod autem missione hac ex secũdo decreto facienda loquatur *d.l.pen.versic.creditor autem.ff.ex quibus caus. in poss. eat.* ait Gœdd. ex ratione subiecta satis relucere: Additur enim: *quia is mittitur, qui potest bona ex edicto vendere*; id quod non ad primum, sed ad secundum decretum spectare, dictum est.

Cæterum etsi vtraque hæc distinctio satis videatur esse plausibilis & speciosa, eam tamen præsenti antinomiæ non sufficere arbitror: Quod enim ad priorem attinet, per se quidem verissima est, sed ad textus adductos non admodum quadrare videtur; quandoquidem vt erque textus *d.l.6.& d.l.11.* generalis est, & indistincte loquitur de creditore conditionali, nec quicquam distinguit vtrum conditio sit certa, an vero incerta: Nec vllum etiam apparet vestigium vnde conciliatio & distinctio isti colligi possit.

Minus vero ad propositum facit posterior distinctio: Ponamus enim *d.l.penult.* de secundo, *d.l.6.& 11.* de primo decreto loqui: Admittamus & hoc quod conditionalis creditor ex secundo decreto non possit mitti in bonorum possessionem. Non tamen propterea difficultas omnis sublata erit: Quandoquidem supra euidentissima ratione demonstratum, quod ex primo decreto conditionalis creditor non possit mitti in bonorum possessionem. Cui & ista ratio adhuc euidentior accedit, quod missio in bonorum possessionem, etiam ea, quæ fit ex primo decreto, semper & necessario præsupponat latitantem & contumacem debitorem *l 2.ff ex quib.caus.in poss.ff.eat.* At qui sub conditione aliquid alteri promittit, quoniam non debet quicquam, nec obligatus est, pendente conditione non potest dici latitare & contumax esse. Vdalricus Zasius *ad l. Fulcinius.§.Illud sciendum,n.2.& 3.ff.ex quib. caus.in poss.eat.*

Quocirca Iacobus Cuiacius, in locis prius allegatis, ita *d.l.6.cum l.penult.* conciliat vt *l.6.* sit de eo, quod fieri solet, quod iudiciorum more receptum *d.l.penult.* de eo loquatur quod iuris est, quodque legibus receptum & constitutum est, Nã *in d.l.penult.* ait Paulus *solere* conditionalem creditorem mitti in bonorum possessionem, Vt ita vtriusque legis hæc sit mens & sententia conditionalem creditorem solere mitti in bonorum possess-

possessionem, custodiæ causa,& hunc esse morem iudiciorum : iure autem creditores conditionales non mitti in possessionem bonorum & impune etiam prohiberi possessionem ingredi *d. l. pen.* nec vllum esse missionis effectum antequam conditio extiterit,quia bona vendi non possunt *l.7. §. si in diem. ff. eod. tit.* Denique si initium spectetur, creditores conditionales mitti in possessionem, si exitum rei,non mitti, quia eius vendere bona non possunt, quoniam nec pecun.a eis,nec cautio vlla debetur, antequam conditio extiterit.

Ad *d.l.u.* respondet idem Cuiacius eum loqui de legatario cōditionali,huius vero & creditoris conditionalis diuersam esse,quoad præsens negotium,rationem: Creditorem conditionalem, pendente conditione,mitti in possessionem bonorum debitoris rei seruandæ causa impune prohiberi posse : Legatarium autem,qui non sit creditor, pendente conditione, in possessionem mitti posse herede non cauente. Rationem autem differentiæ inter legatarium & creditorem hanc esse,quia creditor mittitur in possessionem bonorum debitoris,pignoris tantum vice, quod pignus prætorium dicitur,& missio facit & cōstituit pignus:Creditor,inquam, mittitur in possessionem pignoris vice, non cautionis vice quia antequam extiterit conditio neque pecunia, neque cautio ei vlla debetur,præterquam in vno casu *l.4 ff. de separat.* illo casu excepto,antequā extiterit conditio, stipulatori conditionali nec res,nec pecunia,nec cautio vlla debetur. Igitur cautionis vice non mittitur in possessionem sed pignoris tantum vice,vt scilicet postea ex edicto ea bona publice distrahat, quasi pignorata, hasta posita in foro, *l.6.§.1.l.7.§.1. & l.8. §. ff. Ex quib.caus.* quia, vt dictum, nec cautio ei debetur, nec pecunia & is tantum distrahere potest, postquam missus est in bonorum possessionem cui alterutrum debetur, pecunia vel cautio. Creditor conditionalis cum nihil eorum ei debeatur non potest bona distrahere. Ergo nec ire in possessionem bonorum, vt remotio consequentis, nonnunquam est remotio antecedentis, vel, vt Papinianus ait, quia is mittitur, qui potest bona ex edicto vendere: Legatarius autem conditionalis recte mittitur in possessionem bonorum, non tantum pignoris vice vt *in l.misso.pro empt.l 13.§ vltim Digest famil.hercisc.l.3.l.5. C.vt in poss.legat.* sed etiam vice cautionis, quæ ei interim, dum pendet conditio, debetur ex edicto prætoris. Igitur si heres perseueret non cauere legatario & iusta esse causa videatur, poterit legatarius bona, in quæ missus est, distrahere. Non igitur frustra mittitur, & ideo nec impune ab herede vel ab alio prohibetur venire in possessionem, & si prohibitus sit, datur ipsi in eum, qui prohibuit,actio in factum.

Quin & Zasius agnoscit, quoad propositum, istam inter legatarium & creditorem conditionalem differentiam; rationem autem differentiæ illius nullam aliam adducit,quam hanc,quod fauor vltimæ voluntatis & consequenter, legatarii maior sit, quam conditionalis creditoris, & ideo, quantum ad præsens negocium, argumentum à legatario conditionali ad conditionalem creditorem non procedat.

Illud porro certum est quod ex *l. vltim. Cod. de Edict. Diui Hadrian. tollend.* heres scriptus, productis testamenti tabulis in rerum hereditariarum possessionem sit mittendus: Hoc vero dubium & controuersum est; an ita missus in bonorum possessionem censeatur duntaxat in corpora, quæ hereditate continentur, an etiam in iura missus esse: Et quidem Accursius statuit missionem censeri saltem in corpora non

PPPp etiam

etiam in iura & actiones hereditaria facta esse; Cuius opinionis fundamentum constitui solet in eo quod interdicto quorum bonorum non tenentur debitores hereditarii *l. 2. Digest. quor. bonor.* qui vtique tenerentur si nomina quoque & actiones possessione hereditatis continerentur.

Accedit etiam hæc ratio quod actionum & iurium non sit proprie possessio vt supra prolixe ostensum sub *disput. de acquir. possess.* quocirca in ea non censetur esse facta missio, quando ex *d. l. vltim. Cod. de edict. diui Hadrian. toll.* in hereditatem missus est heres scriptus.

Verum hanc sententiam sequentibus rationibus impugnat Iohannes Vaudus *lib. 1. variar. quæst. 33.*

1. Certum est & indubitatum quod hereditas non solum corpora, sed iura etiam defuncti complectatur *l. 3. §. hereditas. Digest. de bonor. poss. l. 1. Cod. de euict. l. 1. Cod. de heredit. vendit. l. hereditas in pr. Digest de petit. hered.* Atqui heres scriptus ex testamento mittitur in possessionem hereditatis, ex *d. l. fin. Cod. de edict. diui Hadrian. toll.* Quocirca etiam in actionum & nominum possessionem mitti intelligitur.

2. Accedit quod ex causa etiam prætorii pignoris, quod aliquem duntaxat custodem facit, non possessorem constituit, in iura atque actiones fit missio *l. 1. C. de prætor. pign.*

3. Quin etiam, admissa Accursii opinione, consequens erit, quod iura & actiones, post hereditatem ex *d. l. final.* aditam, sint vacantia, aut sane iaceat post aditionem hereditas & partim testatus sit, partim intestatus defunctus.

Nec prius argumentum, pro Accursio adductum, magni est momenti: Idcirco enim interdicto quorum bonorum non tenentur debitores hereditarii, quia ad hanc rem videtur sufficere hereditatis petitio *l. Etiamsi putauit. §. vltim. Digest. de pet. hered.* Iis autem de rebus prodita tantum sunt interdicta, quorum nomine nulla iure ciuili actio introducta est *l. interdictum. ff. de precar.* frustra enim actionem desideremus honorariam, cum legitima comparata sit: Quandoquidem minus debetur quod actione prætoria in petitionem venit, quam quod ciuili *l. si creditori meo §. 1. ff. de legat. 1. §. de constitut. I. de act.*

Ad alterum argumentum non est difficilis responsio: Etsi enim actionum & iurium non sit propria possessio; est tamen illorum quasi possessio *l. 10. ff. si seruit. vindicet.* & in eam quasi possessionem in proposito casu missio facta censetur.

Olim missionem in vniuersa bona debitoris latitantis facta esse, extra controuersiam positum est. Præterquam enim quod in legibus constanter dicitur missio fieri *in bona* debitoris; item *in possessionem bonorum l. 2. pr. & §. 1. ff. ex quibus caus. in possess. l. 1. & vlt. C. de reb. auctoritat. iud. possid. l. 1. Cod. de euict. diui Hadr. toll.* excipitur quoque nominatim atq; in specie missio in bonorum possessionem, quæ fit ex causa damni infecti, quam, si non caueatur, non fieri in vniuersa bona, Vlpianus *in l. 1. Digest. ex quibus caus. affirmat.* Quæst. 6. *An missio fiat in vniuersa bona?*

Verum vtrum hodie in recentioribus Imperatorum constitutionibus correctum & emendatum sit, vt non amplius missio fiat in vniuersa latitantis bona, sed pro modo solum debiti controuersum est.

Affirmatiuam tuetur Duarenus, quem sequitur noster Treutl. Correctionis vero istius fundamentum constituitur primo *in l. vlt. §. 3. & § sed si 4. Cod. de his qui ad Eccles.* vbi Imperator ita scribit

Cum

Cum autem monitus fuerit in publico priuatoue contractu actione ciuili; in eius sit arbitrio, siue per se, siue instructo solenniter procuratore directo in eius iudicijs, cuius pulsatur sententijs, examine respondere. Sed si hoc facere detrectet aut differat, iudiciorum legumque solitus ordo seruetur, itaque si res immobiles possidet, post edictorum solennem citationem ex sententia iudicamus, vsque ad modum debiti bonorum eius siue prædiorum traditio siue venditio celebretur. In hoc textu expresse asseritur missionem fieri in bona latitantis ad modum vsque debiti.

Secundo correctionis fundamentum principale atque præcipuum constituitur *in Nou 53.c.4.* in cuius fine Iustinianus hęc in verba scribit: *Igitur ne latitante eo & tardata exhibitione, causa maneat suspensa; examinet, vt potuerit iudex, in quam terram abiisse dicitur; & det inducias certas, vt nisi intra eos occurrerit, liberam tamen eius rei fiduciam habens, si non forte studio actoris impediatur, aut venire prohibeatur, tunc secundum vnam partem examinet negotium & in possessionem mittat actorem secundum mensuram declarati debiti.* Ecce hic iterum aperte sancitur missionem in possessionē fieri debere ad quantitatem vsque debiti. Quocirca apertum est quod hodie nō amplius fieri debeat missio creditoris in vniuersa bona latitantis debitoris, sed in ea solum quæ sufficere possunt debito.

Cæterum Iacobus Cuiacius *ad d. Nouell. 53.* & Scipio Gentil. *in tractat. de iurisdict. libro 1. c. 24.* arbitrantur ius vetus per textus recentiores modo adductos nequaquā esse mutatum & ideo adhuc hodie missionē in vniuersa bona debitoris fieri debere; Qui sequenti hac ratione mouentur, quod Iustinianus *in d. Nouell. 53. c. 4.* generaliter dicat actorem mitti in possessionem bonorum & bona habere & reuersum dominum bona recipere: Quod item rerum possessionem diserte appellat & res bis inculcat.

Quocirca ad ista verba, *pro modo debiti*, respondet Cuiacius hæc non esse pugnantia; *mitti in vniuersa bona*, & *mitti pro modo debiti*, quia venditione facta portionem singuli creditores ferant, pro rata debiti: Missionem igitur fieri in vniuersa bona pro modo debiti, id est de biti seruandi causa. Et Scipio Gentil. ait, hæc verba, *secundum mensuram debiti*, non ad modum & quantitatem rerum, in quas missio fieri debet, referenda esse, sed ad finem atque effectum missionis, vt scilicet creditor missus seruare suum creditum possit; atque ita debuisse verti, ait, ista verba πρὸς τὸ μέτρον τοῦ διαφαινομένου χρέως *Ad quantitatem declarati debiti scilicet conseruandam, seu consequendam*

Et ita quoque intelligenda esse verba *d. l. vltim. §. 4.* exinde colligit Gentil. quod illic imperator expresse dicit, *iudiciorum legumque solitus ordo obseruetur*, vnde relucet quod Imperatoris propositum minime fuerit leges antiquas abrogare, cū ad eas expresse se referat. Quod ipsum amplius & hæc ratio confirmat, quod ea *l. vlt m.* non est Iustiniani sed Marciani atque ita vna ex illis legibus & constitutionibus, quæ in priori codice extiterunt, & ante pandectas promulgatæ sunt, adeoque, vtpote antiquiores, ad leges pandectarum corrigendas ineptæ. Quocirca adhuc hodie in vniuersa debitoris bona fit missio.

Quod tamen ipsum de debitore latitante, non vero de debitore absente non latitante accipiendum est: Hic enim si non defenditur non fit missio in vniuersa eius bona *l. 7. §. Celsus. ff ex quibus caus. in poss* vbi Celsus ait, *si fundum, quem petere volo, Titius possideat, neq; absens defendatur, commodius se existimare in fundi possessionem mittendū, quam bona eius possideri.*

possunt *cap. 2. extr. de fideiussorib.* Vt taceam, quod supra dixi, quod in casu proposito non ipsa res feudalis distrahatur, sed tantum commoditas & fructus feudales in causam iudicati capiantur: Cum & commoditas rei feudalis alienari & in dotem dari possit.

Quæ. 8. *An in bona minoris non defensi possit fieri missio creditoris?*

Hoc porro obseruandum esse quasdam personas in quarum bona etsi immissio fiat custodiæ causa, non tamen posse illas distrahi & vendi: Tales sunt pupillus, furiosus, mente captus & prodigus. De pupillo est textus *in l. si pupillus 33. ff. de reb. auctorit. iud. possid.* cuius hæc sunt verba: Si pupillus ex contractu suo non defendatur ideoque bona eius creditores possidere cœperint deminutio ex his bonis fieri debet vendendi pupilli causa: Idem clarius adhuc exprimitur *in l. apud Iulianum. 3. ff. Ex quibus causis in poss. eat.* vbi expresse distinguitur, vtrum contractus ex persona patris descendat, an vero ex persona ipsius pupilli, vt priori demum casu non sit pubertas pupilli expectanda creditoribus, sed res venire & distrahi possint ante pubertatem: Sin vero ex contractu pupilli debitum descendat, tunc bona ante pubertatem non possint distrahi. Idemq; ius ad furiosum, mente captum & prodigum referri debet per textum *in l. 7. §. 10. & seq. ff. ex quib. caus. in poss.*

Sed quid de minore 25. annis dicendum, si pubes est, num & ipse eo gaudebit priuilegio? Et quidem si habet curatorem & curator iste defendit minorem, tunc res expedita est, quia ordinaria via proceditur: Quod si à curatore non defenditur, sed curator eius latitat, tum bonorum fit distractio & venditio per textum expressum *in l. si minor. 5. ff. de reb. auctor. iud. possident.* vbi hac de re ita Vlpianus scribit: *Si minor viginti quinque annis qui habet curatores à curatoribus non defendatur, nec alium defensorem inueniat, bonorum venditionem patitur, etsi non latitet, licet non fraudationis causa latitare videatur, qui sui non est idoneus defensor.*

Quod si porro minor non habet curatorem, nec ipse se defendit, quamuis non latitet fraudationis causa; tamen patitur & hoc casu venditionem bonorum, tum per *d. l. si minor 5.* tum etiam exinde quod pupillus quidem à regula nominatim excipiatur, minor vero pubes non item. Vdalricus Zasius ad *d. l. si minor &.* Matth. Brunus *in tractat. de cession. bonor. quæst. 4. princip. quæst. 3. num. 8. & 16.*

Verum ab hac sententia vulgo receditur propterea, quod minor hac ratione deterioris foret conditionis, quam maior: Maior enim absens non patitur bonorum venditionem, si non latitet *l. in possessionem ff. ex quib. caus.* Iam vero minor, qui non latitat fraudationis causa cum non sit sui idoneus defensor, *d. l. 5.* pateretur bonorum venditionem, atque sic peioris foret conditionis maiore, quod absurdum.

Sed Zasius ad hanc obiectionem respondet ideo minores, hoc casu, quo curatorem non habent, pati bonorum venditionem, si defensi non sint, quia sibi imputare debeant quod curatores non acceperint: Cum enim sciant se non esse idoneos defensores rerum suarum & inuiti non cogantur accipere curatorem §. 1. *I. de curat.* ipsi vtique imputari potest fraus aliqua præsumpta eo quod differant creditores proprio facto minorum: Non obstante eo quod *in d. l. 5.* dicitur minores non latitare fraudationis causa; quia textus iste loquitur de præsumptione, vt colligitur ex verbo *videtur:* At per hanc non impeditur, quo minus veritas possit esse in contrarium, cum præsumptio veritate apparente tollatur, vel potius sua sponte cedat. Interim tamen si grauiter in venditione læsus fuerit minor in integrum restitui poterit; quod in absentibus maioribus non facile

PPPp 3

cile recipiatur. *L. si ex causa. ff. de minorib.*

Mihi sententia hæc Zasii veritati admodũ consona esse videtur: Nec quicquam vrget contraria dissentientium ratio, quoniam: Si enim eo casu quo habet curatorem, etsi non latitet, petitur bonorum venditionem, quæ obsecro, ratio est, quod in præsenti casu, quo curatorem non habet, bonorum venditionem peti non cogitur? Et cur hoc in casu magis quam in illo ratio ista quod non latitet, ipsi patrocinari debet: Etsi absurdum non est, eum, quando curatorem habet, quoad propositum deterioris esse conditionis maiore; cur absurdum esset ipsum deterioris esse conditionis quando curatorem non habet? Nec sane rarum est minorem viginti quinque annis esse deterioris conditionis maiore, etsi in quibusdam priuilegiis gaudeat præ maiore.

Pupillum ex contractu non solum suo, sed & serui sui teneri, aperte scribit ICtus *in l. 3. §. 1. ff. Ex quib. caus. in poss. eat. Contractum*, inquiens, *cum pupillo potest dici etsi cum seruo eius contractum sit, competit enim aduersus eum de peculio actio: Vnde probandum est, ex omnibus causis, ex quibus aduersus pupillum actio datur, hoc idem seruandum esse. Et facilius hoc erit probandum in seruo, qui in rem domini vertit, aut iussu eius aut institoria cum eo agi possit.* Vult igitur ICtus pupillum ex contractu sui serui teneri. 1. Actione de peculio. 2. Actione de in rem verso, si seruus in rem pupilli verterit, quod ex contractu accepit. 3. Actione quod iussu, si à pupillo iussus seruus contraxerit. 4. Et denique institoria vel exercitoria, si seruus pupilli institor eius fuerit aut nauis magister.

Sed hoc in controuersiam venit, an ad hoc, vt pupillus ex contractu serui teneatur, solus ipsius iussus sufficiat, an vero necessum sit tutoris authoritatem interuenire: Nam quod solus iussus tutoris sufficiat, innuit *in d. l. 3. §. contractum.* vbi nihil præter iussum serui desideratur.

At vero contrarium expresse significatur *in l. 1. §. 7. ff. quod iussu*, quo in loco Vlpianus dicit: Si pupillus dominus iusserit, vtique non tenetur nisi auctore tutore iusserit.

Et ratio huius minime obscura est: Nam si nihil valet sine tutoris auctoritate à pupillo gestum, quod in eius cedit detrimentum, certe nec iussus iste, quo seruum cum alio contrahere iussit, hactenus valebit vt ex contractu obligetur efficaciter pupillus: prius autem est verum ex *tot. tit. ff. & Instit. de auctorit. tut.* Insuper cum pupillus ipsemet sine tutoris auctoritate contrahens non obligetur *pr. I de auctor. tut.* absurdum foret illum obligari contrahente, eius iussu seruo. Cum non magis ex alieno contractu iussu ipsius initio obligetur atque ex contractu suo. Non igitur obstat textus *d. l. 3. §. contractum.* Etsi enim ille absolute loquatur de iussu pupilli, nec auctoritatis tutoris vllam mentionem faciat; Ea tamen subintelligenda est, tum ex textu *d. l. 1. §. 7.* tum ex ratione modo adducta: Nec enim infrequens est, vt textus ex textu suppleatur.

Sed & ex tutoris contractu obligetur pupillus. Aperte hoc siquidem affirmatur *in d. l. 3. §. 2. ff. ex quib. caus. in possess.* vbi dicit Vlpianus *Ego puto, & si cum tutore eius contractum est, ex qua causa actio in pupillum datur; magis est vt edicto locus sit; quasi cum eo contractum sit.* Et hoc multum esse vtile pro tutoribus, ait Zasius, ne, si contrahant nomine pupilli, teneantur vltra suum officium.

Præterea pupillus obligatur ex contractu defuncti cuius hereditatem ipse adiit, & textus expressus extat *in l. 3. §. si pupillus ff. ex quibus caus. in possess.* Ratio autem est hæc, quod pupillus hereditatem adeundo sese legatariis quasi ex contractu obstringat ad legata præstanda. *tit. I. de*

de obligat. quæ quasi ex contractu nasc. atque sic suo ex contractu & non ex contractu defuncti obligatur legatariis: Creditoribus vero hereditariis ex vero contractu eo videlicet, quo defunctus ipsis obligatus fuit, obstringitur, quia in omnia defuncti iura, atque sic etiam in obligationes eius passiuas, succedit & personam ipsius repræsentat. Sed hoc maxime disquiritur, vtrum creditoribus hereditariis teneatur ex contractu vero, eodẽ sc. quo ipsis defunctus obstrictus & obligatus fuit, an vero ex quasi contractu, quẽ cum creditoribus hereditariis inierit defunctus? Non equidem quæstionem hanc mouerem nisi viderem Bart. *in L. de eo ff. de iud.* statuisse, etiam hoc casu pupillum heredem obligari creditoribus hereditariis non ex defuncti contractu, sed ex ipsiusmet pupilli heredis quasi contractu, quem cum illis hereditatem ineundo contraxerit; & hanc sententiam secutum esse Vdal. Zas. *in d. §. si pupillus ff. ex quib. caus. n. 3.* Veruntamen quod heres creditoribus hereditariis nõ ex suo quasi contractu, sed ex contractu defuncti teneatur, plus quam manifestũ esse arbitror; dq; vel ex solo isto principio quod actiones etiam passiuæ in heredes ex defuncti contractibus transean: *l. 157. §. vlt. ff. de R. I. l. 7. §. 2. l. 9 ff. de condict. furtiu. l. 29. ff. rer. amot. l. 16. ff. quod met. caus.* cui consequens est quod heres ex defuncti, non suo contractu teneatur. Nec quicquã ad rem facit ꝙ *in d. §. si pupillus l. 3. ff. ex quib. caus. in possess. eat* mentionem faciat *creditorum hereditariorum.* Nam vel hoc ipsum satis ostendit, quod heres non ex proprio suo, sed ex defuncti contractu obligetur: Creditores n. hereditarii illi sunt, cum quibus defunctus contraxit; h. e. qui ex defuncti contractu tenentur.

Minus vero obstat ꝙ ait Zas. ideo heredem dici quasi contraxisse cum creditoribus defuncti, quia iste quasi contractus respicit solam obligationem, qua obligatus est heres creditoribus & non respicit contractum initum cum defuncto: Nec heres dicatur quasi contraxisse cum creditoribus occasione contractus paterni, sed dicatur quasi cõtraxisse cum creditoribus occasione obligationis, in quam incidit ex successione: Sed hæc ratio reuera nihil ad rem facit, manifeste siquidem principiũ petit, cum id ipsum iam in controuersia sit, vtrum heres ratione contractus paterni cum creditoribus quasi contraxisse intelligatur. Et sane *in §. Heres. I. de oblig. quæ quasi ex delict. nasc.* nulla fit mentio creditorum hereditariorum, sed legatariorum duntaxat, quibus cum heres quasi contractũ inire intelligatur. Ita enim scribit: *Heres quoque legatorũ nomine non proprie ex contractu obligatus intelligitur: (neq; enim cum herede, neq; cum defuncto vllum negotium legatarius gessisse proprie dici potest) & tamen quia ex maleficio obligatus non est quasi ex contractu debere intelligitur.* Illud etiam obseruandũ quod sic demũ missio in possessionẽ bonorum decernatur, si debitor latitet, nec per procuratorẽ aut aliũ defendatur *l. 2. pr. ff. ex quib. caus.* Vtrũ vero & ille, quoad præsens negotium recte indefensus dicatur, cuius procurator contumax est, atq; ita cõtumacia procuratoris noceat domino non iniuria quæritur? Et affirmandũ hoc videtur ob sequentes rationes, 1. Sic enim Vlp. *in l. 1. §. fin. ff. quan do appell.* hac de re scribit: *Si aduersus absentem fuerit pronunciatum, biduum vel triduum ex quo quis scit, computandum est, non ex eo quo pronunciatum est.* Lit. D.

Quæ. 9. *An indefensus sit cuius procurator est negligens vel contumax?*

Quod autem dicitur absentem posse prouocare ex quo scit sic accipitur si non in causa per procuratorem defensus: nam si ille non prouocauit, difficile est vt hic audiatur. Ecce hic proponitur procuratorem, qui alterius nomine egerat, deteriorem q; calculũ retulerat non appellasse, sed sententiam in rem iudicatam transire passum fuisse, quæritur vtrum dominus adhuc appellare

appellare possit, an vero hæc procuratoris negligentia obsit domino? Et difficile, hoc est, impossibile esse Vlpianus respondet, vt dominus amplius audiatur.

2. Idem plane confirmat *l.10.C.de procurat.* in quo Imperator Alexander Cæstiæ in hæc verba rescribit: *Si procurator ad vnam speciem constitutus officium mandati egressus est, id quod gesserit domino, nullum præiudicium facere potuit.*

Quod si plenam potestatem agendi habuit, rem iudicatam rescindi non oportet, cum si quid fraude vel dolo egerit, conuenire eum more iudiciorum non prohiberis. In hoc rescripto dilucidissime ostendit Imperator, quod res iudicata non retractetur nec rescindatur, etiamsi fraude vel dolo procuratoris sententia aduersus dominum sit lata: & pro regula subiicitur, quod dolus & fraus procuratoris nocere debeat domino, sic tamen vt doli huius & fraudis nomine procurator conueniri possit.

Et quanquam non desint, qui hanc *l.10.* ad procuratorem cũ libera restringere conentur; idem tamen in alio quouis ad agendum constituto procuratore obtinet, cum in eo par militet ratio.

Nec refert quod quæ male, imperite & negligenter procurator gessit mandato non contineantur: nam ea nihilominus nocere domino potius quam alii, rationis & æquitatis est, cum sibi imputari debeat, cur diligentiori & fideliori litem suam peragendam non commiserit *arg.§.fin. Instit.de societate.* Aduersario autem nulla penitus culpa imputari potest negligentiæ aut fraudis à procuratore admissæ, sed cum ipse mandatum aduersarii secutus cum procuratore litem contestando bona fide contraxerit, decipi non debet. Quocirca quæ negligenter, quæque fraudulenter & perperam à procuratore gesta sunt, sic valeant vt in domini cedant præiudicium.

Quod omnes facile eo casu admittunt, cum procurator soluendo est: quid autem si non sit soluendo, ita vt dominus restitutionem damni dati actione mandati consequi & obtinere nequeat, anne hoc casu domino in integrum restitutio aduersus aduersarium concedetur?

Affirmandum hoc quibusdam videtur, quorum sententia Autori nostro mitior videtur, eamque vsu receptam & comprobatam esse testatur Gail. & Hartmann. Pistoris *lib.1 quæst.30. num.7.& seq.* Mihi tamen, saluo aliorum iudicio, contraria opinio magis arridet.

Hac siquidem admissa sententia, consequeretur, aduersario, cui nulla procuratoris negligentiæ vel doli culpa imputari potest, nocere ipsius negligentiam & fraudem; domino vero cui soli potest & debet damni procuratoris negligentia dati culpa adscribi, nullum huius sentire damnum, quorum vtrumque iniquum videtur: proinde hoc casu nostro domino in integrum restitutionem denegandam puto.

Accidit quod certæ causæ iure sint proditæ, ex quibus in integrum restitutio concedatur *l.1.ff. de in integr. restitut.* Ex illarum vero numero non est hæc, si fraudulenter aut negligenter procurator suo perfunctus sit officio. Ac proinde in integrum restitui dici non poterit dominus ob dolum vel negligentiam sui procuratoris, quia negligentiam nocere aduersario sane iniquissimum est, vt cui nihil penitus imputari possit, quod talis procurator extiterit.

Nec obstat huic quod maiores 25. annis restituantur, quandocunque iusta apparuit restitutionis causa, *l.1. in verb. item si qua alia mihi iusta causa esse videbitur in integrum restituam. ff. ex quibus causis maior.*

Respond. Primo enim quod procurator dolose aut negligenter negotium domini

domini peregerit, suumque ab ipso dominus consequi non potest actione mandati propter illius inopiam, id non esse iustam & idoneam causam, ob quam in integrũ dominus aduersus suum aduersarium restituatur, paulo ante ostensum fuit hac ratione, quod ipsi domino imputari possit culpa, quod diligentiorem & fideliorem non elegerit procuratorem, at contra aduersario nil quicquam imputari queat, quod dolo aut culpa vsus fuerit procurator. Deinde clausula ista edicti, *Si qua alia mihi iusta causa esse videbitur in integrum restituam*, non de causa quauis, quæ iusta videri possit, sed de iusta absentiæ causa intelligi debet, interprete ipso Vlpiano ICto *in l. 26. §. fin. ff. ex quib. caus. maior.*

Non refragatur porro *d. l. 23. ff. de minor.* vbi dicitur, quod si minor 25. annis procurator extiterit, atque circumscriptus fuerit, non quidẽ dari in integrum restitutionem, si suum ab eo, cuius negocia gessit, seruare possit actione mandati contraria, sed si propter inopiam domini actio hæc minori inanis constituatur, in integrum eum restitui.

Resp. Hoc, inquam nobis non obstat, primo quia, vt Giphanius etiam respondet, *d. l. 23.* de minore loquitur, non de maiore 25. annis, minori facilitate sua læso & circumuento, succurritur, & non maiori, *l. 1. ff. de minorib.* deinde *in d. l. 23.* non agitur de restitutione domini, sed de restitutione procuratoris & quidem procuratoris, vt dixi, minoris 25. annis.

Non obstat deniq; *d. l. 3. § 1. ff. de eo per quem.* Respon. Nam ibi restituitur quidem dominus, sed aduersus eum, qui cum procuratore colluserat: etsi enim dominus si procurator, qui dolum admiserat, soluendo non sit, in integrum non restituatur, si tamen procurator cum aduersario colluserit, etiam aduersarius doli huius & collusionis nomine actione doli mali conueniri potest, *l. 8. §. 1. Digest. mandati.* in qua Vlpianus, *Sed etsi per collusionem procuratoris absolutus sit aduersarius mandati eum teneri, sed si soluendo nõ sit, tunc de dolo actionem aduersus eũ, qui per collusionẽ absolutus sit, dandã* ait. Et *in l. 7. §. pen. ff. de dolo malo. Si dolo malo procurator passus sit vincere aduersarium meum, vt absolueretur, de dolo mihi actio aduersus eum, qui vicit, competat, potest quæri. Et puto non competere, si paratus sit reus transferre iudicium sub exceptione hac, si collusum est. Alioquin de dolo actio erit danda, scilicet si cum procuratore agi non possit, quia collusum est.*

Non aduersatur insuper superiori sententiæ *l. 26. §. fin. ex quib. caus. maior.* vbi dicitur maiorem 25. annis adiuuari oportere, siue habuerit procuratorem, siue non habuerit. Proinde in integrum restituatur, si procuratorem habuit, & is negligenter & dolose negocia domini administrauit.

Respon. Hoc, inquam, sententiæ nostræ nihil penitus refragatur: nam ex causa absentiæ iusta datur maiori 25. annis restitutio in integrum: in his quippe qui abesse coguntur, deficit ratio superior, ob quam dicebamus in integrum non restitui dominum ob negligentiam procuratoris: siquidem ea sæpe est proficiscentium ratio atque etiam festinatio, aut alia necessitas, vt administrationem negociorum suorum alicui idoneo demandare non possint; nec enim semper idoneus in promptu haberi potest procurator, vt ita absenti culpa imputari non possit, cur non diligentem rerum suarum procuratorem constituerit.

Non denique aduersatur, quod ex capite doli concedatur restitutio in integrum, *l. 1. & sequent. ff. de in integr. restit.*

Respond. Nam hæc conceditur solum aduersus fraudantem ac dolum committentem, non aduersus tertium:

quandoquidem vnius dolus tertio, qui particeps eius non est, nocere non debet. Ob dolum igitur procuratoris non dabitur domino aduersus suum aduersarium, in integrum restitutio.

Quæst. 10. *An missus in possessionem bonorum ex primo decreto fructus percipiat?*

Dictum est supra quod ex primo decreto fiat immissio in bona, illorum custodiendorum gratia. Hinc sequitur quod rebus istis in quas missus est creditor, vti frui nequeat; quod etiam in tantum verum esse dicit Fulcinius vt ne quidem ex illis ali debeat. *l.7.pr ff. quibus ex caus. in poss. eatur.*

Non obstat huic *d.l.7. §. penult. & vlt.* vbi Vlpianus aperte concedit creditori, in debitoris bona misso, ius fructus percipiendi.

Etenim respondet ad hoc Zasius regulam istam, quod creditor missus in debitoris bona non percipiat fructus fallere eo in casu, quo absentis seu latitantis est nimia peruicax contumacia: Quam responsionem confirmant verba *d.§.vlt.* quæ hæc sunt: *Diuus quoque Pius in persona eius, qui hereditatem possidens copiam sui non faciebat, rescripsit, in possessionem rerum hereditariarum aduersarium inducendum: in quo rescripto & fructum percipere iussit eum, qui per nimiam contumaciam possessoris hereditatis, vt lucro eius cedat, in possessionem inductus est rerum hereditariarum.*

Sic etiam non obstat *l. penult. ff. vt in poss. legat.* vbi Labeo scribit: *Qui legatorum seruandorum causa in bonis est, in causa vescendi deminuet, si filia, neptis proneptis vxorue esset, nec nupta sit, nec suum quicquam habeat.*

Nam in filia nepte & vidua speciale hoc est quod in legatum, sibi à patre, auo, vel marito relictum, immissæ ex re legata aluntur. Cum hisce siquidem personis humanius & benignius agendum esse visum fuit, ex quo vel ipse liquet, quod, cum certis duntaxat personis sit hoc indultum nominatim, vt possint ex re, in quam ex primo decreto sunt missæ, fructus percipere, regula in contrarium esse debeat. Pari ratione non aduersatur *l.1 §. mulier. ff. de ventr. in possessionem mittendo.* quo in loco ita scribitur: *Mulier autem in possessionem missa, ea sola, sine quibus fœtus sustineri & ad partum vsque produci nequit, sumere ex bonis debet, & in hanc rem curator constituendus est qui cibum, potum, vestitum, tectum mulieri præstet pro facultatibus defuncti, & pro dignitate eius atque mulieris.*

Etenim & hoc speciale est in ventre, nec ad consequentias producendum.

Postremo non resistit *l.5.§.3.ff. de Carboniano. edict.* dum ibi IC. hæc in verba scribit: *An autem vescendi causa deminuere possit is, qui ex Carboniano missus est in possessionem, videamus; & siquidem satis impubis dedit; siue decreuit præses, siue non; deminuet vescendi causa vsque ad id, quod alimentis eius necessarium est, mittendus est: Nec mirum debet videri hereditatem propter alimenta minui eius, quem fortasse iudicabitur filium non esse: cum omnium edictis venter in possessionem mittatur & alimenta mulieri præstentur, propter eum, qui potest non nasci; Maiorque cura debeat adhiberi ne fame pereat filius, quam ne minor hereditas ad petitorem perueniat, si apparuit, filium non esse.*

Nam & hic satis innuitur quod in Carboniano edicto hoc plane sit speciale quod infans, qui mittitur in possessionem, vsque ad tempora pubertatis ex fructibus ali debeat: Ratio etiam huius specifica assignatur à IC. quæ exceptione à præfata regula manifeste ostendit.

Quocirca concludendum est, quod is, qui ex primo decreto in bonorum possessionem missus est, fructus non lucretur præterquam in quatuor casibus supra exceptis.

Verum anne hæc regula in actionibus etiam in rem locum habeat, nonnihil dubitatur? Et quidem Author noster statuit eum non minus in realibus, quam

in

in personalibus actionibus locum sibi vindicare. & ad hanc stabiliendam sententiam adducit textum 7. §. 16. *ff. quib ex causis in possess. eat.* cuius hæc sunt verba: *item videamus, si quis aduersus in rem actionem latitet, an bona eius possideri venumque dari possint; extat Neratii sententia, existimantis, bona esse vendenda & hoc rescripto Hadriani continetur.*

Verum in hoc textu nihil quicquam est, ex quo colligi possit quod in reali actione, qui missus est in bonorum possessionem, fructus non lucretur, sed hoc saltem dicitur quod bona, aduersus in rem actionem latitantis sint distrahenda, verum hoc non ex primo, sed ex secundo decreto, vt postea ad sequent. thesin dicetur.

Adducit insuper Treutlerus *d. l. 7. §. 18. & 19.* sed illic contraria potius stabilitur sententia: agit enim vterque textus de petitione hereditatis, quæ in rem est actio, & dicit quod possessor rerum hereditariarum, in quas missus est, fructus lucretur. Allegari etiam solet *l. 7. pr.* vbi generaliter & indistincte asseritur, fructus non percipi ab eo qui missus est in bonorum possessionem, sed nec eum ali exinde oportere. Verum adhibendam esse illi textui distinctionem nunc ostendemus. Quocirca, cur sententia Authoris nostri fundamento destituatur, sic statuendum existimo. Eum, qui ex reali actione missus est in possessionem bonorum, ex primo decreto consequi & lucrari fructus; idque per textum *in d. l. 7. §. penult. & vltim.* illic enim agitur de petitione heredi[tat]is, quam realem esse constat ex *l. 25. §. 18. ff. de petit. heredit.* & dicitur aperte quod fructus lucretur qui immissus est in possessionem bonorum: Ratione hac addita, quod res possessa lucrosa sit possessori hereditatis, ac propter hoc lucrum contumax existit & latitet: Quæ ratio generalis est & non solum in petitione hereditatis, sed in cæteris quoque in rem actionibus obtinet.

Et quanquam Azo respondeat, speciale id esse in petitione hereditatis propterea quia possessores hereditatū proniores sunt ad retinendos fructus & ludificandum aduersarios: hoc tamen refellit Zasius; & sane ratio isthæc nullius videtur esse momenti quoniam etiam singularum rerum possessores æque sunt proni ad retinendos fructus & ad fallendum ac ludificandū aduersarium.

Vdal. Zas. hanc sententiā posteriorem suo quoq; calculo comprobans, tale ex *d. l. 7. §. fin.* adducit argumentū: Quoties propter minimam contumaciam aliquis in possessionem absentis & latitantis est immissus, toties percipit fructus *d. §. vlt.* Iam vero omnis actione reali conuentus, si latitat, in maxima & nimia videtur esse contumacia, quia hunc in finem latitat vt fraudet fructuum commodo petitorem ac dominum, ipseq; interim fructus percipiat. Sequitur proinde ex reali actione in bonorū possessionē ex secundo decreto missum fructus lucrari.

Qui ex primo decreto missus est in bonorū possessionē, is non possidet: textus est *in l. 12. ff. ex quib. caus. in poss.* verba eius hæc sunt: *Cum legatorum vel fideicommissi seruandi causa, res quia damni infecti nobis nō caueatur bona possidere prætor permittit, vel ventris nomine in possessionē nos mittit: Non possidemus: sed magis custodiam & obseruationem nobis concedit.* Quæst. 11. *An is, qui ex primo decreto missus est in bonorum possessionem, possideat?*

2. Idem deinceps probat euidenter textus *in l. 3. §. vlt. ff. de acquir. poss.* vbi hæc in verba scribitur: *Quod autem Quintus Mucius inter genera possessionū posuit, si quando iussu magistratus rei seruandæ causa, vel quia damni infecti non caueatur, mitti possidemus ineptissimum est: Nam qui creditorem rei seruandæ causa vel quia damni infecti non caueatur, mitti in possessionem vel ventris nomine, non possessionem, sed custodiam rerum & obseruationem concedit, & ideo cum damni infecti non cauente vicino, in pos-*

sessionem missi sumus, sed id longo tempore fiat, etiā possiderenobis & per longam possessionē capere prator, causa cognita, permittit.

3. Et ratio huius ista adducitur, quod prætori iniquum visum fuerit ob solam leuem contumaciam debitorem possessione sua priuari, quæ maximum afferre soleat commodum. §. *Retinenda versic. commodum. I. de interdict.* Menochius *de retinend. poss. remed. 3. n. 173.*

Non refragatur huic sententiæ quod cum ex primo decreto creditor dicatur in possessionem mitti, consequens sit eum possidere: Nam ad hoc respondetur longe aliud esse possidere, & aliud in possessione esse: Licet enim creditor sit in possessionem missus & hinc etiam recte dicitur esse in possessione non tamen propterea possidet: ita enim hac de re Vlpianus scribit *in l. 10. ff. de acquir. poss. Aliud*, inquiens, *est possidere, longe aliud in possessione esse. Denique rei seruanda causa, legatorum, damni infecti non possident; sed non sunt in possessione custodia causa* Giphanius & Duarenus *ad d. l. 3. § fin.* Corasius *ad l. final. §. Iulianus Dig. de damn. infect. num. 32.* Iacobus Cuiacius *ad l. 44. eod tit. tractat 9.*

Non refragatur etiam textus *in l. 5. pr. ff. vt in possess. legator.* vbi diserte scribitur Eum, qui legatorum vel fideicommissorum nomine missus sit in possessionem, non posse heredem expellere, sed cum eo possidere.

Etenim respondent quidam in ea lege tractari de executione vltimarum voluntatum, cuius singulari fauore hoc receptum sit, vt in possessionem possideat.

Deinde posset etiam responderi verbum possidere ibi positum esse pro in possessione esse, improprie scilicet & per abusionem verbi id quod satis videtur relucere ex verbis antecedentibus, in quibus expresse dicitur quod missio in possessionem non tam possessio rerum, quam custodia detur.

Non resistit insuper *l. 3. C. qui pot. in pigno.* vnde probatur eum, qui missus est in bonorum possessionem cæteris creditoribus anteferri, vnde sequitur quod possideat: Ratio consequentiæ est hæc, quod creditor conuentionale pignus habens possideat *l qui pignoris. ff. de acquiren. possess.* Huic autem creditori in *d. l. 3.* comparetur is, qui in possessionem est missus.

Hoc, inquam, non resistit: Nam pignus quod ex missione in possessionem bonorum quis consequitur, non est conuentionale, sed prætorium. *tot. tit. de pign. prator.*

Præterea non obstat quod dicitur in *l. properandum, C de iudic.* per capturam rerum debitoris, satisfieri creditori, pro quo lata fuit sententia: Additur deinceps in fine, quod reus non recuperet possessionem, nisi soluat. Vnde colligitur quod per illam bonorum capturam, siue per immissionem in bonorum possessionem, non transferatur possessio.

Sed obseruandum est *in d. l. properandum. §. fin autem.* non agi de missione in possessionem, quæ comparata & saltem ad coercendam aduersarii contumaciam quæq; rei seruandæ causa fiat, sed de illa missione, quam facit prætor & iudex post adiudicationem actori factam, quo illi satisfiat ratione crediti, vel iuris sui, cuius causa actionem mouit, vt probant verba ista per res & facultates fugientis victori satisfiat. Hinc Menochius putat *possessionem*, hoc in loco significare rem ipsam seu rei proprietatem; iuxta *l. possessio. ff. de verb. significat.*

Consimiliter repugnat textus *in l. postquam. §. Imperator 1. ff. vt legator. nom. caueat.* quo in loco Papinianus ita scribit: *Imperator Marcus Antoninus Iulio Balbo rescripsit cum à quo res fideicommissa petabantur, cum appellasset, cauere, vel si cauerat aduersarius transferri possessionem debere: Recte placuit principi, post appellationem*

appellationem quoque fideicommissi cautionem interponi: quod enim ante sententiam, si petitionis dies moraretur, fieri debuit, admitti post victoriam, dilata petitione non oportuit: Sed quare non cauerit de fideicommisso, qui prouocauerit, si cauere aduersarius, ad eum possessionem esse transferendam rescripsit. &c.

℞ Nam ad hunc etiam textum respondetur, vt supra *ad l. 5. pr. ff. Vt in possess. legat.* responsum fuit, quod nempe loquatur de executione vltimarum voluntatum, quarum fauor meretur hoc vt ex primo statim decreto immissus possessionem consequatur. Qualenā porro ex immissione in possessionem constituatur pignus, non otio e nec frustra inquiritur. Tria siquidem pignorum genera ab Interpretibus constitui solent: Pignus conuentionale; pignus Iudiciale & pignus prætorium.

Quæst. 12. An ex primo decreto prætorium pignus constituatur.

Equidem apud me dubium penitus nullum est quin pignus, quod ex immissione in possessionem bonorum constituitur prætorium sit pignus: Prætorium enim illud dicitur pignus quod à prætore, eu magistratu constituitur *tot. tit. C. de prætor. pign.* Atqui per immissionem in bonorum possessionem constituitur pignus à magistratu per textum *in l. Non est mirum ff. de pignorat. act.* illic dicitur: *Non est mirum, si ex quacunque causa magistratus in possessionem aliquem miserit, pignus constitui: Cum testamento quoque pignus constitui possit.*

Accedit quod pignus reuera duplex sit, non triplex, conuentionale & prætorium *L. 2. C. de prætor. pignor.* vbi Imperator ait: *Veteris iuris dubitationem decidentes, ad duplum genus hypothecarum respeximus, vnum quidem quod ex conuentionibus & pactis hominum nascitur; aliud quod à iudicibus datur, & prætorium vocatur.* Quod enim ad pignus iudiciale attinet, non est illud à prætorio pignore diuersum, sed sub eo, velut species quædam continetur; vt ex verbis Iustiniani modo recitatis liquido patet. Iam vero certum est quod præfatum pignus quod immissio magistratus constituit, non est conuentionale cum ex conuentione & consensu partium, præsertim debitoris latitantis non constituatur: Relinquitur proinde quod sit pignus prætorium. Vtrum porro pignus prætorium à iudiciali differat supra *in disput. 1. thes. 3. q. 17. huius poster. volum.* prolixe tractatum fuit.

Postquam missus est creditor in possessionem bonorum, ad magistratus pertinet officium vt eum, quem in possessionem ire iussit, tueatur & defendat, ne qua vis ipsi fiat. Operam igitur dare debet vt ipsi succurrat, siue missus prohibeatur ne intret, siue ingressus expellatur: Et hoc ipsum cautum quoque est edicto prætoris, quod exta. *in l. 1. pr. ff. Ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est.* cuius verba ita sonant: *Si quis dolo malo fecerit, quo minus quis permissu meo eiusue cuius ea iurisdictio fuit, in possessionem bonorum sit, in eum in factum iudicium quanti ea res fuit, ob quam in possessionem missus est, dabo.*

Sed numquid hæc actio in factum detur etiam aduersus eum, qui in possessionem missum expellit ac deiicit? non parum controuersum est. Siquidem talis deiiciens videtur in totum ius suum perdere, & priuari re ista quam propria authoritate sibi vindicauit, ex *l. si quis in tantam Cod. vnde vi.* vbi mulctatur commodo causæ principalis, qui aliquem de possessione deiicit, id quod *in §. 1. I de vi bonor. raptor.* expresse Iustinianus repetit. vnde videbatur dicendum, aduersus deiicientem in casu nostro nil opus esse ista prætoria in factum actione.

Sed bene ad hanc obiectionem respondet Zasius *in d. l. 1. n. 7.* prædictam *l. si quis in tantam* locum habere duntaxat in possessoribus, qui de sua possessione deiiciuntur: At hic in casu nostro missum

sed actione. ff. pro socio l. qui seruum. § is cui. ff. ol ligat. & act. Donell. *ad d. l. 51.*

Sic etiam secundum argumentum non obstat: quoniam falsum est quod actio in factum aduersus prohibentem competens, respectu creditoris sit pœnalis, quia Vlpianus *in d. l. 1. §. hac verba. ff. ne vis fiat.* diserte scribit hæc verba edicti; quãti ea res erit, ob quam in possessionẽ missus est, continere vtilitatem creditoris, vt quantum eius intereſt possessionem habere, tantum ei condemnetur is, qui prohibuit: Iam vero certum est quod actio ad intereſſe actoris competens, respectu eius non possit dici pœnalis *l. 1. §. vlt. ff si quis ius dicenti. l. si per alium 5. §. 1. ff. ne quis eum qui in ius.* Actio igitur in factum quæ datur ex edicto ne vis fiat ei &c. non est pœnalis sed rei persecutionẽ continet; Id quod etiam *d. l. 51. §. 1. de re iudicat.* aperte confirmat ostendit quippe idem in ista in factum actione, contineri quod prius consecutus fuerat creditori: Atqui consequutus erat intereſſe & quãti id est quod ex contractu ipsi debebatur; igitur actio in factum non continet respectu creditoris pœnam, sed intereſſe. Quocirca cum *in d. l. 1. §. hanc actionem* dicitur actio in factum continere pœnam, verum id est respectu debitoris siue rei conuenti, qui propter vim factam ei, qui ex prætoris decreto in bonorum possessionem missus erat pœnam illam patitur vt ad id quod intereſt ipsius condemnetur, licet nihil ipse debeat, creditorique aduersus debitorem salua actio supersit, si debitum persequi potius, quam ex edicto agere velit. Anton. Fab. *lib. 4 coniect. c. 19.*

Ad postremum argumentum ex *d. l. 3. § condemnatio. Digest. de tab. exhib.* desumptum, respondet Faber illud nihil obstare, quia actio, quæ ex illo interdicto datur, licet ad id, quod intereſt competat, vt eo in loco Vlpianus dicit magis tamen pœnalis sit, quam hæc præsens in factum actio, quoniam in ea id quod intereſt non ex veritate æstimatur sed ex quantitate in iudicium deducta, id est inspecto eo duntaxat, quantum petatur, non an id quod petitur debeatur. Si enim heres, qui tabularum exhibitionem postulat, hereditatem petat, quæ ad ipsum non pertinet: Aut si legatarius petit legatum, quod sub conditione relictum est, & cuius conditio nondum extiterit; lex dicit perinde condemnandum eum, qui tabulas non exhibet, ac si hereditas ad actorem pertineret, aut legatum pure ipsi relictum esset, adeo vt neque de restituendo legato, deficiente conditione cauere teneatur, quia, vt dicit Vlpianus hæc pœna contumaciæ præstatur ab eo, qui non exhibet.

RESOLVTIO THESIS *Tertiæ.*

Quæst. 14. *An secundum decretum pariter in actione reali & personali interponi debeat?*

HActenus de missione in bonorum possessionem ex primo decreto satis videtur esse dictum, videndum nũc est quænam & qualis sit missio in bonorum possessionem ex decreto secundo: Et dicit noster Autor: Ex secundo decreto fieri missionem in possessionem bonorum, si reus fraudationis gratia tempore iusto præterito latitet, vt bona eius curatore assignato, possideantur & vendantur.

Quæritur hic primo vtrum hoc secundum decretum in actionibus realibus interponi atque ex eo missio in possessionem fieri soleat?

Speculator in loco ab Authore allegato id negat: pro qua sententia primo facit quod missio ista quæ fit ex decreto secundo, ad creditores spectat: petitor autem qui dominium suum reali actione

ditores dicuntur mitti in possessionem bonorum sui debitoris, tunc nomen *creditores* sumitur generali in significatione: Etenim creditor duplici modo dicitur; primo stricta significatione ille cui ex contractu aliquid debetur; secundo in larga & ampla significatione is, qui ex quacunque causa sibi alium obligatum habet, seu cui quacunque ex causa aliquid debetur: Ita quippe *in l. 10. ff. de verb. significat.* dicitur: Creditores accipiendos esse constat, quibus aliquid debetur ex quacunque actione vel persecutione vel iure ciuili sine vlla exceptionis perpetuæ remotione, vel honorario vel extraordinario siue pure, siue in diem, vel sub conditione, quod si natura debeatur, non sunt loco creditorum, sed si non sit mutua pecunia, sed contractus; creditores accipiuntur. Et *in l. seq. 11.* Creditorum appellatione non hi tantum accipiuntur, qui pecuniam crediderunt, sed omnes, quibus ex qualibet causa debetur. Quocirca dubitandum non est, quin illi quoque qui rem suam reali actione persequuntur, creditorum appellatione veniant, & consequenter ad eos quoque missio & secundo decreto spectet.

Et sane si hoc argumentum aliquid concluderet, pari modo euinceret nec missionem ex primo decreto locum habere in actione reali quoniam certum est quod hæc non minus quam illa quæ ex secundo decreto descendit creditoribus duntaxat decernatur. Et hanc responsionem maxime iuuant textus *in d.l. 7. §. 16. 18. & 19. Digest. ex quibus causis.*

Ad secundum & sequentia argumenta facilis erit responsio, si videlicet considerauerimus principium istud, quo nituntur, quod scilicet secundum dominium transferat in immissum & alienationem inducat, sit falsum & à iuris ratione penitus alienum: Nam *in l. 5. pr. ff. de damn. infect.* Paulus ait: prætoris officium esse vt missus in bonorum possessionem etiam eam per longi temporis spacium in suum dominium capere possit: Ecce hic asseritur res in quas fit missio à misso vsucapi: At si illarum dominium recta & statim ex ipsa immissione consequeretur, non opus esset vsucapione, quin nec vsucapio locum habere posset, quia res duntaxat alienæ capiuntur, propriæ non vsucapiuntur, quoniam quod iam meum est, amplius meum fieri non potest. Idem confirmatur etiam per textum *in l. 15. §. 16. ff. eod. tit.* vbi Iulianus scribit: Eum, qui in possessionem damni infecti nomine mittitur non prius incipere per longum tempus dominium capere, quam secundo decreto dominus à prætore constituatur: ex his igitur palam est quod illi omnes textus in quibus dicitur, missum in possessionem fieri dominum ita intelligi debeant, non quod statim, directo & immediate ex immissione dominium consequantur, sed quod dominium nanciscantur ex secundo decreto, mediante & interueniente longi temporis possessione *d. l. 5. pr. & d. l. 15. §. 16. ff. de damn infect.*

Insuper licet daretur, secundum decretũ recta transferre dominiũ, nihilominus tamen in reali actione locum haberet, quoniam in reali etiam actione immissio non fit in rem duntaxat petitam, cuius dominium iam tum obtinet petitor, sed in vniuersa bona possessoris, latitantis, prout hoc supra prolixe ostensum est.

Quocirca verissimum esse existimo quod hic asserit Treutlerus ex secundo decreto missionem fieri in realibus non minus, quam in personalibus actionibus.

Contra hereditatem porro iacentem, missionem in possessionem bonorum creditoribus hereditariis indulgeri certum est. Si enim heres institutus de hereditate

l.7.ff.Quibus ex caus. Nam in eius legis §.2.hæc habentur verba : *Cum hoc edictum locum ha eat , non sufficit latitare, sed necesse est fundationis causa id fieri : Neque quod fraudationis causa sine attestatione sit , sa is est ad possessionem & venditionem sed oportet fraudationis causa latitare , & est frequentissima hec causa possessionis: Nam in vsu latitantium bona possidentur:* Et in §.9. subiicitur: *Adeo autem latitatio animum & affectum latitantis desiderat , vt recte dictum sit furiosum hinc venditionem pati non posse , quia se non occultat , quia suus non est.* Sequitur in §.10. *Plane si non defendatur furiosus curatorem ei dandum , aut bona eius vt possideantur nominatim permittendum est : Labeo autem scribit , si non inueniatur curator vel defensor furiosi , sed etsi curator ei datus non defend.t eum , tunc remouendum eum & oppetere pratorem dare curatorem aliquem ex creditoribus. vt non amplius , quam necesse est ex bonis furiosi veneat , eaque seruanda , Labeo ait, quæ solent seruari , cum venter in possessionem mittitur. Plane interdum bona eius causa cognita vendenda erunt , si vrgeat æs alienum & dilatio damnum allatura sit creditoribus : ita autem vendenda, vt quod superfit , detur furioso , quia hominis eius status & habitus à pupilli conditione non multum abhorret , quod quidem non est sine ratione I temque & in prodigo dicendum est cæterisque qui curatorum ope iuuantur nec enim quisquam propriæ latitare ees dixerit.*

Cæterum hoc ipsum quod hactenus dictum est de furiosis & prodigis ad alios in quibus eadem obtinet ratio extendi debet : Nec enim tam est hoc beneficium personæ , quam causæ & nititur non speciali aliquo prædictarum personarum fauore , sed ratione iuris communis, quod scilicet ad fraudulentã latitationẽ requiratur animus fraudulenter latitanti: In quibus igitur hæc ratio obtinet in iisdem quoque idem ius locum sibi vindicabit ; cum ius commune extensionem patiatur ex rationis paritate siue identitate : Ad eos vero , in quibus deficit prædicta ratio , extensionem eius iuris minime faciendam censeo.

Quæst. 15. *An contra eum, qui exceptione tutus est, locum habeat secundum decretum?*

De eo non leuis controuersia est, anne in bona eius qui exceptione sese tueri potest , siquidem latitet , bona possit fieri immissio ex secundo decreto.

Pro Negatiua sententia stat Vdalricus Zasius ad *l.7.§.Cum hoc num.6. Digest. ex quibus causis maior.* hac potissimum ratione adductus, quod is non sit dicendus debitor, qui tutus est exceptione *l. 40. D gest.de condict.indeb.* ad hoc autem vt ex secundo decreto missio fieri possit requiratur vt de debito certo constet.

2. Adducitur deinceps textus *in l. 50. Digest.de pecul* vbi aperte dicetur, eum non dici posse latitare , qui si copiam sui faceret non condemnari, sed absolui deberet. Verba illius textus ita sese habent : *Eo tempore , quo in peculio nihil est , pater latitat in bonorum possessionem eius rei seruandæ causa mitti non possum , qui de peculio cum illo actnrus sum ; quia non fundationis causa latitat ; qui , si iudicium acciperet , absolui debitet : Nec ad rem facit quod fieri potest vt damnatio sequatur: Nam etsi in diem vel sub conditione debeatur , fraudationis causa , non videtur latitare: Tametsi potest iudicis iniuria condemnari.*

3. Accedit quod is defendi intelligatur, qui per absentiam suam in nullo deteriorem causam aduersarii facit *l.2.§. defendi Digest.quibus ex caus.in possess.*

Sed pro contraria sententia facit *l Fulcinius §.si in diem ff quibus ex causis in poss. eat.* Nam illis ita scribitur : *Si in diem vel conditionem debitor latitet , antequam*

dies vel conditio veniat, non possum bona eius venire, quid enim interest, debitor quis non sit, an modum conueniri possit? Nam etsi nondum sit debitor, idem dicemus. Idem erit dicendum, si quis habeat quidem actionem, sed talem, quæ per exceptionem repellitur. Et *in sequenti* §. *si quis actione* 15. subiicitur: *Si quis actione de peculio filii vel serui nomine conueniri possit, si latitet; eo iure vtimur, vt possint bona eius possideri & venire, tametsi nihil fuerit in peculio, quia esse potest, & rei iudicatæ tempus spectamus, vtrum sit, an non sit, & quid teneat actio, etiamsi nihil in peculio fuerit.*

Hi textus pro vtraque opinione adducti valde pugnare videntur: Nam in *d.l.50.ff.de pecul.* dicitur, si nihil sit in peculio & pater latitet, non posse fieri missionem in possessionem bonorum: At *in d.l.Fulcinius* §.15. dicitur etsi nihil sit in peculio & pater latitet, tamen posse fieri missionem in bonor. possessionem, & bona veniri.

In *d.l.50.* asseritur si debitor, cui aliquid in diem, vel sub conditione debetur latitet, antequam dies vel conditio venerit, non tamen intelligi eum fundationis causa latitare, & ideo non pati bonorum venditionem. At *in d.l.Fulcinius.* §. *si quis in diem.* §.14. contrarium asseritur, scilicet si debitor latitet antequam dies vel conditio venerit, quamuis nondum sit debitor, bona tamen possideri & veniri posse.

In *d.l.50.Digest.de pecul.* dicitur, si talis sit reus conuentus, qui si iudicium acciperet, absolui deberet, non posse in bona eius immissionem fieri. At *in d.l.Fulcinius.* §. 14. asseritur. Eum qui habeat actionem, sed talem quæ per exceptionem repellatur, adeoque talis sit, vt si iudicium acciperet, absolui deberet; pati bonorum immissionem & distractionem.

Quæ certe antinomia talis est, quæ, Cuiacio teste Dd. ingenia valde torserit.

Accursius hoc modo discordiam prædictarum legum conciliare nititur; vt dicat *in d.l.50.de pecul.* litem non fuisse cum patre de peculio contestatam: At *in d.* §. *15.l.Fulcinius.* litem cum patre fuisse contestatam, & ideo veniri ad bonorum distractionem.

Sed Iacobus Cuiacius hâc conciliationem ridet quia falsum sit *in d.l. Fulcinius.* §.15. litem contestatam fuisse, quoniam ille textus sit de eo, qui latitat, ne in ius vocetur à creditore, qui vitat occursum creditoris, ne obtorto collo trahatur in ius. Et ita tantum abesse, vt lis sit contestata, vt ne quidem in ius vocatus fuerit; vt qui latitet, ne in ius rapiatur.

Idem Accursius, quem & Zasius sequitur, ita conciliare hanc contrarietatem nititur, quod *in d.l.50.* filius vel seruus de cuius peculio agebatur, fuerit mortuus, nihil fuerit in peculio, nec aliquid esse potuerit, peculio vtpote filii aut serui morte extincto; Et hoc casu, quia plane iniuste conueniretur pater vel dominus, vt qui omnino non sit obligatus, non posse patrem dici latitare & ideo nec possessionem suorum bonorum, nec distractionem eorundem pati cogi. At *in d.l.Fulcinius.* filium ait Zasius adhuc vixisse, qui etsi in præsenti nihil habuerit in peculio, tamen potuerit in futurum habere, quoniam peculium renascatur; quo pertinere videntur ista verba textus, *si quis actione de peculio conueniri possit.* Et aliter, quam hoc modo præsentem antinomiam conciliari non posse ait Zasius ad *d.l.7.* §. *illud sciendum. num.11.* Et hanc quoque conciliationem approbat Iulius Pacius *cent.4.q.63.* Aut nihil, inquit, est in peculio, sed esse potest, quia filius vel seruus adhuc est in potestate: Aut nec est, nec esse potest quia filius vel seruus est mortuus aut manumissus. Priori casu locum habet *d.l.50.*

d.l.50.ff.de pecul. Nam Papinianus ibi simpliciter & absolute ait, fore vt pater absoluatur, si iudicium accipiat, quod proculdubio falsum esset, si tempore sententiæ esset aliquid in peculio. Et quod subiicit fieri posse vt damnatio sequatur intelligendum est, iniuria iudicis, licet nihil sit in peculio, vt sequentia verba ostendunt. Vlpianus vero *in d. §. si quis actione.* perspicue loquitur de casu posteriori, cum dicat, peculium etiamsi non sit, tamen esse posse, ideoque bona patris vel domini possideri & venire. Vnde per argumentum à contrario sensu confirmatur sententia Papiniani quod bona possideri nequeant, si nihil in peculio esse possit. Hæc Pacius.

Hugo Donellus *in cap. 11. lib. 23. commentar.* Vlpianum cum Papiniano hoc modo conciliandum statuit, vt distinguatur, an tunc, cum agitur & in peculio nihil est, constet in peculio nihil esse an de eo dubitetur; vt priori casu, quo constat nihil esse in peculio, vera sit Papiniani sententia *in d.l.50. ff.d. pecul.* quod nempe pater conueniri non possit, sed absolui debeat, & consequenter nec bonorum possessionem & distractionem pati cogatur: De hoc autem casu sensisse Papinianum ex eo patet, quod alias non diceret patrem absolui debere, nisi in peculio nihil esse iudici constaret. De posteriori vero casu, quo dubitatur sitne aliquid in peculio necne, exaudire debeat Vlpianus *in d.l. Fulcinius.* §. 15. Iacobus Cuiacius *ad d.l.50. de pecul.* scribit Papinianum *in ea l.50.* hoc tantum quærere, an hac ratione, quod possit sequi iniqua condemnatio, recte mittatur creditor in bonorum possessionem latitantis & docuisse hanc causam non esse honestam, vt possit iniuria iudicis condemnatio sequi, vbi nulla est actio. Non igitur fieri missionem hac ratione quod condemnatio sequi possit iniusta. Sed si quis quæsiisset ex Papiniano an hac ratione quod possit aliquid esse aliquid in peculio rei iudicatæ; hac consideratione possit fieri missio in bonorum possessionem, proculdubio idem respondisset quod Vlpianus. Et ita etiam, inquit Cuiacius, si quis quid debeat in diem vel conditionem, creditorem mitti in possessionem hoc colore quod fieri possit vti rei iudicatæ tempore veniat conditio. Sed mitti solum posse ad venditionem & distractionem bonorum venire, non posse *l. Fulcinius. §. si in diem:* Et si fortassis rei iudicatæ tempore defecerit, vel non extiterit plane inutilem fore missionem. *Lit. C.*

Dictum est secundum decretum interponi, tempore à die primi interposi decreti, iusto præterito. Hinc igitur quæritur quantum temporis inter primum & secundum decretum intercedere debeat? Quæst. 16. *An tempus, quo secundum decretum interponi debet, sit arbitrarium?*

Qua de re variæ & discrepantes extant Dd. sententiæ: Mihi, aliorum iudicio semper saluo, ea, præ cæteris, arridet opinio quod totum hoc iudicantis discretioni & arbitrio relinqui debeat; Idque propterea quod præsens hæc quæstio in iure nostro nuspiam sit definita, iudicis proinde arbitrio definienda relinqui debet *l.1. ff. de iure deliber.*

Non aduersatur huic sententiæ quod ad secundum decretum interponendum sufficiat biennium, quoniam ad dominium impetrandum biennium sufficit *l. vlt. Cod de iure dom. impetrand.*

Nam iste textus in eo demum casu procedit, quod de pignore conuentionali distrahendo agitur, vt si à die interpellationis non satisfaciat, per biennium alienari possit, in quo pignore conuentionali creditor maius ius habet, cum iam possessionem habeat *l. pignoris. ff. de acquir. possess.* quæ non est in eo, qui missus est in possessionem bonorum ex primo decreto, quod pignus prætorium dicitur.

Non refragatur quod tempus secundi decreti interponendi debeat esse vnius anni *l. si quis emptionis. § penult. C. de praescript. 30. vel 40. annorum.* Verum ille textus etiam ad propositum nihil confert, loquitur quippe de materia praescriptionis, à praesenti negotio plane diuersa.

Non resistit quoq; quod per decenniũ expectari debeat moratur. §. *Et cum placitum. l. de vsuc.* vnde inferendum videtur quod tantũ tempus à primo decreto expectari debeat vsq, dum secundum interponatur. Nam hoc argumentum procedit à separatis & diuersis: quid enim cum secundo decreto vsucapio habet commune vel simile; aut potius non habet dissimile?

Ad rem non faciunt *l. 2. & l. vltim. C. de vsur. rei iudicat.* cum vt & illę in casu penitus diuerso loquantur, dum scilicet constituunt post quadrimestre à die factae condemnationis vsuras currere centesimas.

Minus superiori assertioni nostrae resistit *l. debitoribus. ff. de re iudicat.* quo in loco terminus duorum mensium praefinitur debitoribus ad soluendum.

Nam & iste textus extra terminos propositae quaestionis vagatur; quandoquidem de infinitiue condemnato hic nobis sermo non est.

Frustra quoque & impertinenter adducitur *l. final. §. fin autem. C. de bonis authorit. iudic. possid.* Tum quia verba ista, *post definitum à nobis tempus* teste Andrea Alciato *lib. 1. disiunct. cap. 19.* in veteri Codice non habentur: Tum quia adhuc valde incertum est, anne quodnam illud tempus sit, quod à Iustiniano definitum esse dicitur.

Postremo nihil facit ad propositum textus *in l. Promissor Stichi. §. 1. ff. de constit. pecun.* ex quo dissentientes conantur euincere, quod praedictum tempus, intra quod secundum decretum interponi debeat, sit decem dierum. Etenim hoc tempus paulo angustius foret ad secundum decretum, quod maximi est praeiudicii interponendum. Et insuper loquitur ille textus non de secundo decreto, sed de pecunia constituta, intra quodnam videlicet tempus agi possit ex constituto de pecunia constituta.

Relinquitur proinde verissimum esse id, quod sub initium huius quaestionis propositum est, tempus istud quod inter vtrumq; tempus intercedere debet, iudicis arbitrio determinandum relinqui debere.

Requiritur deinceps ad secundum decretum interponendum, vt tempus istud praeterierit, totum. Si enim tempestiue & antequam tempus, secundo decreto interponendo praefinitum, praeterierit, reddit debitor, recipit omnia non solum rem ipsam, sed fructus etiam interim à creditore praeceptos per textum *in l. 1. §. 3. & l. 9. §. 1. & 4. ff de reb. auctorit. iud. possidend.* vtpote possessione primi decreti iam finita, ita tamen vt creditor impensas in bona possessa factas recuperet, dummodo sine dolo malo eas fecerit, quanquam inanes & inutiles sint impensae *d. l. 9. §. 2. Digest. de reb. auctorit. iudic. possid.* Et ratio est haec, quia creditor ex necessitate custodit rem, in quam mittitur, libentius certe haberet debitum quam quod immittitur, & est quod imputetur debitori, cum haec immissio facta sit propter contumaciam debitoris latitantis. *Lit. D.*

Hinc non obstat quod ex contractu pignoris teneatur creditor de dolo & leui culpa sumptusque inutiles factos non repetat *l. si necessarias, pr. Digest. de pign. act.*

Nam diuersa est ratio illius, qui pignus habet conuentionale & eius qui ex immissione praetorium obtinet pignus: ille enim creditor recipit pignus

ex

ex conuentione & libera voluntate & cautione debiti sui, nec est quicquam, quod debitori imputetur, vnde debet etiam maior creditoris esse custodia maior diligentia in pignore conuentionali quam in pignore prætorio. Zasius *in d. l. 9. §. 2. num. 3.*

Recipit proinde creditor in proposito omnes impensas sine dolo malo factas: Sed quid de sumptibus non quidem dolo malo, sed lata tamen culpa inutiliter factis, dicendum? Anne hos etiam non recipiet creditor? Quæstio in eo consistit, vtrum doli appellatione lata etiam culpa veniat? Si enim lata culpa sub dolo comprehenditur, non recipiet creditor istos sumptus: Sin minus recipiet?

Et quidem quod lata culpa non sit dolus inde probari videtur quod infinitis in locis iuris nostri culpa lata à dolo discernatur & dolo opponatur: Idque maxime in delictis *l. 7. ff. ad L. Cornel. de sic.*

Item quod tutor ob dolum tanquam suspectus remotus, fiat infamis, non etiam ob culpam *§. suspectus autem. Instit de suspect. tutor. l. 3. §. fin. Digest. de suspect. tut.*

Nec excipi hic potest, per culpam intelligi culpam duntaxat leuem & leuissimam, non etiam culpam latam; cum textus in genere de culpa loquatur & quicquid de genere prædicatur, illud etiam de singulis speciebus prædicari censeatur.

Cæterum verior est contraria opinio quod enim doli nomine comprehendatur lata culpa, quinimo lata culpa sit dolus, patet ex *l. 1. §. si vero. Digest. de oblig. & act.* in qua dicitur magnam negligentiam in doli crimen cadere.

Et *in l. quod Nerua. 32. ff. deposit.* vbi Celsus *Quod Nerua*, inquit, *diceret, latiorem culpam dolum esse, Proculo displicebat, mihi verissimum videtur: Nam etsi quis non ad eundem modum, quem hominum natura desiderat, diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito præstat, fraude non caret. Nec enim salua fide minorem iu quam suis rebus præstat.* In *l. magna ff. d. verb. signif.* Paulus scribit: *Magna negligentia culpa est, magna culpa dolus est.* Quin etsi doli appellationi adiecta sit particula taxatiua, nihilominus latam culpam continet. Sic enim *in l 1. §. 1. ff. si mensor falsum.* ait ICtus Vlpianus, actionem quæ aduersus mensorem, falsum modum renunciantem competit, dolum malum duntaxat exigere; Visum enim esse satis abundeque coerceri mensorem, si dolus malus solus conueniatur, subiicit tamen Vlpianus latam culpam dolo comparari. Pari modo *in l. 1. §. 8. ff. deposit.* dicitur depositarium dolum malum duntaxat præstare debere: Et tamen eundem de lata culpa quoque actione depositi conuenire expresse statuitur *in l. 31. ff. eod. tit.* Porro *in l. 8. §. 3. ff. de precar.* ait Vlpianus; eum, qui precario rogauit, culpam non præstare, sed solum dolum, satisque esse, si dolum tantum præstet.

Et nihilominus tamen subiicit culpam dolo proximam precario contineri. Quapropter cum doli appellatione non solum veniat culpa lata, sed sit etiam dolus, ideirco quando suspectus tutor ob dolum à tutela remotus famosus esse dicitur, significatur eundem ob latam etiam culpam remotum famosum esse.

Nec est quod hic excipiant dissentientes dolum sub se comprehendere latam culpam in contractibus, non etiam in delictis propter *l. 7. Digest. ad L. Cornel. de sicar.* ibi Paulus ait: *In lege Cornelia dolus pro facto accipitur, nec in hac lege culpa lata pro dolo accipitur.*

Nam quod in delictis quoque lata culpa sit dolus, vel certe pro dolo habeatur, probat *d. l. 1. §. si mensor. fals. mod. dixerit*

Delin-

Delinquit enim mensor falsum modicum renunciando. Et tamen licet ibi ob solum dolum conueniri dicatur, ob culpam latam eum teneri nihilominus ibidem asseritur. Idem plane confirmat *l liberorum. 11. §. fin. ff. de his qui not. infam.* vbi is, qui intra tempus, quo virum defunctum elugere moris est, viduam duxerit vxorem, notatur infamia, etsi ius ignorans putauit id sibi per leges facere licere: Atqui hæc imperitia non est dolus: Nemo enim consulto accersit sibi imperitiam, aut per hanc alium fallat, quæ doli descriptio est, *in l. 1. ff. de dolo*: Sed cum negligentia & socordia non curasset ius cognoscere, factum est per eam imperitiam, vt aliquid contra ius committeret, idque sine dolo; cum id faceret, quod serio putarat sibi licere; Ignorantia proinde iuris non est dolus, est tamen lata culpa, quia lata culpa est ignorare id, quod omnes intelligunt aut intelligere debent, *l. lata. de verbor. signific.* At ignorantia iuris est talis, cum ius publicum omnes scire debeant, *l. leges sacratissimæ. C. de legib.* Insuper comprobat hoc quoque *l. qui ædes 9. ff. de incend.* In qua Caius incendium lata culpa factum puniri iubet: Ita enim scribit: Qui ædes aceruumue frumenti, iuxta domum positum combusserit, vinctus verberatus igni necari iubetur, si modo sciens prudensque commiserit, si vero casu, id est negligentia, aut noxam sarcire iubetur, aut si minus idoneus sit, castigatur.

Nec refragatur *d. l. in l. 7. ff. ad l. Cornel. de sicar.* ex qua superiorem inter contractus & delicta distinctionem sumunt.

Resp. Etenim distinguendum puto inter delicta capitalia & non capitalia; sic vt in istis lata culpa doli appellatione quo ad ordinariam infligendam pœnam non veniat, quia satis esset durum & atrox pœnam mortis propter supinam negligentiam infligi. In criminibus vero non capitalibus, aut capitalibus etiam, quoad pœnam scilicet non capitalem infligendam, lata culpa pro dolo habetur. Atque hanc distinctionem probant leges supra adductæ, *vt l. 1. §. 1. ff. si mensor. fals. mod. dixerit. l. 11. §. fin. ff. de his qui not. infam. & imprimis l. 9. Digest. de incend.*

Aliter distinguit Vdalricus Zasius, inter culpam latam ignauiæ; & latam culpam versutiæ: vt illa quidem dolus non sit, hæc vero non modo in contractibus, sed in delictis etiam sub dolo comprehendatur. Culpam autem ignauiæ appellat supinam negligentiam, vel vitio naturæ parum perspicacis, vel ex praua educatione contractam; culpam latam versutiæ dicit eorum esse, qui ex versuto & malo proposito, animoque perfido & exulcerato alienas vel res, vel negocia, affectata quadam imprudentia maligne vel negligunt vel dissimulant.

Verum vtrum distinctio hæc sustineri queat, valde dubito: 1. Quia culpa illa lata, quam versutia appellat, est nihil aliud, quam dolus, vt satis demonstrat *l. 1. ff. de dolo malo.* 2. Culpa de illa lata quam ignauiæ appellat in pœnalibus dolo comprehendi probat *l. 11. §. fin. ff. de his qui not. infam.* vbi iuris ignorantia vt dolus punitur, quam tamen non latam culpam versutiæ; sed potius latam culpam ignauiæ & socordiæ esse, ex prædictis plusquam manifestum est. Euincit idem *d. l. qui ædes. 9 ff. de incend.* probat idipsum quoque *l. 32. ff. depositi.* In qua expresse agitur de lata culpa quæ ex socordia & supina negligentia descendit. Et denique relucet idem satis superque ex *l. 1. §. 5. ff. de obligat. & action.* vbi dicitur magnam negligentiam in doli crimen cadere. Sed de hac quæstione quatenus in delictis lata culpa pro dolo habeatur? alio loco prolixius dicetur.

Videndum nunc est, quidnam ad superioris opinionis duo fundamenta, quibus

quibus ob latam culpam tutorem remotum infamem non fieri, probare uitun-tur, respondendum sit. Non autem difficilem responsionem fore existimo.

Ad primum quippe argumentum respondetur, Dolum esse duplicem, vnum verum, alterum præsumptũ: Quotiens igitur à dolo lata culpa distinguitur, toties per dolum intelligitur verus dolus, qualis non est lata culpa, hæc quippe dolum facit saltem præsumptum *l. quod Nerua. ff. deposit.*

Alioquin cum doli nomen absolute & generaliter ponitur, sub dolo lata culpa comprehenditur, non solum in contractibus, sed etiam in delictis, vt probatum & demonstratum est.

Non obstante *d. l. 7. Digest. ad L. Cornel.* Nam in delictis atrocioribus, quorum pœna capitalis est, cuiusmodi delictum est homicidium quod vindicat lex Cornelia de sicariis, lata culpa non habetur pro dolo, quia satis durum foret, ob homicidium lata culpa commissum, aliquem vltimo supplicio & capitali pœna affici.

Ad secundum *ex d. §. suspectus.* petitum respondeo, ex hactenus dictis satis liquere, argumentum istud nostræ opinioni non obstare.

Nam ibi sub dolo lata culpa comprehenditur, & vocabulo culpæ non lata, sed leuis culpa intelligitur, vt perinde sit ac si Imperator dixisset; suspectum tutorem remotum, si quidem ob latam culpam & dolum fieri infamem, ob culpam leuem vero non item.

Et obseruandum est quod quando legibus, in quibus tutor remotus infamis fieri dicitur, solius doli fit mentio, non excludatur lata culpa, vt quam etiam tunc, cum lex taxatiue loquitur, exprimi; supra prolixe demonstratum est.

Nec magni momenti est: quod dicitur odia esse restringenda, id enim verum est in dubio: Nos autem hic non in dubio, sed in re perspicua, certa & manifesta versamur, vti ex prædictis constare spero. Deinde restringenda sunt odia, quatenus leges id patiuntur. Leges autem non permittere *d. §. suspectus* remotum tutorem suspectum infamia notantem, ad solum dolum restringi, ex illis, quæ hactenus dicta sunt, itidem liquere puto: Denique leges pœnales, quamuis ex parte delinquentis, cui pœnam decernunt, odiosæ sint; fauorabiles tamen sunt ex parte eius, cui ius suum tuentur. Et maxime lex illa, quæ suspectum tutorem remotum infamia notat, ex parte pupillorum fauorabilis est, quoniam non modo ipsorum pupillorum, sed & Reip. interest res pupillares bona fide administrari ac tutorum perfidiam coerceri.

Possessionem igitur reus, qui è latibulis vel fuga emergit, integris omnibus, id est, bonis non venditis, non recipit aliter, quam si omnia damna actori restituerit *l. sancimus. C. de iud.* & præterea satisdederit iudicio sisti datis eo nomine fideiussoribus. id quod aperte cautum est *in Nouella 53. cap. 4. in fine.* vbi hæc habentur verba: *Ipsumque in possessione missum habere etiam rem debiti seruandi causa; & tunc si ille occurrerit, omne ei prius soluet damnum; & tunc recipiens res, & fideiussorem præstans, prosequatur causam.* Idem quoque *in cap. 2. & 3. extr. de eo qui mitt. in possess. cap. 11. de offic. ordin. in fine decernitur.*

Tempore præstituto elapso, interponitur secundum decretum, fit immissio in bona latitantis & denique permittitur fieri distractio & venditio bonorum in quæ missio facta fuit.

In hanc autem venditionem etiam vsumfructum venire Vlpianus comprobat *in l. in venditionem l. pr. Digest. de reb. auctor. iud. poss. In venditionem bonorum inquiens etiam vsusfructus venit, quia appellatione domini fructuarius quoque continetur.*

Nec huic refragatur quod fructuarius negatur esse dominus in l. falsus 43. §. final. in fine ff. de furt. Hoc enim de rebus ipsis, non autem de iure vsusfructus accipiendum est: Vsufructuarius non quidem dominus est rei fructuariæ, in qua vsumfructum sibi constitutum habet: est tamen dominus ipsius vsusfructus, siue iuris in re constituti, de quo præsens textus *d. l. in venditione. 8. pr.* loquitur. Proinde si debitor latitans habuerit vsumfructum sibi in rebus alienis constitutum, quoniam eius dominus est, ipse quoque in venditionem bonorum veniet.

Quatenus porro in rem feudalem possit fieri immissio, dictum & expositum fuit supra.

Quod si imm'ssio & decreto secundo facta sit, nec tamen bona extent, quia fortassis prædia crant aquis occupata & inundata, aut à latronibus obsessa; ita vt creditor in eorum possessionem ire aut induci nequeat, hoc casu vtrum decretum adhuc valeat, quia nihil extaret in quod fieri posset realis immissio, quæritur? Sed tamen respondet Gaius *in l. 13. ff. de reb. auctor. iud. possid. Quamuis dicas possessa non sint bona, quia nihil fuerit, quod possideatur, creditorem, qui in possessionem missus est perinde tamen haberi, ac si etiam possessa bona fuissent.*

Verum quidnam ista ficta immissio operetur, dubitare posset? Et quidem Accursius, referente Zasio tres eius effectus siue vtilitates recenset; primus est, vt si post decretam immissionem aliquid bonorum debitoris inuentum sit, vel debitor aliquid acquisierit, tunc creditor ex præcedenti decreto, sine noua immissione, possessionem istarum rerum ingredi possit.

Idem dicendum si impedimentum & obstaculum cessauerit, vt si à latronibus bona liberata, aut inundatio recesserit.

Secundus est, vt per eiusmodi prætoris decretum iudicis, licet creditor non ingrediatur, constituatur pignus prætorium, quia ista bona inundata vel obsessa à latronibus, creditori ex primo decreto licet non apprehenderit, sunt oppignerata.

Tertius effectus est, vt tempus biennii currat cæteris creditoribus à primo decreto interposito & non à die possessionis apprehensæ.

Cæterum facta ex secundo decreto immissione, curator constitui solet à prætore, cùm consensu tamen maioris partis creditorum aut eorundem priuato consilio: Ita huius *in l. 14. ff. de rebus auctorit. iudic. poss. d.*

Creditor in possessionem rerum debitoris missio, curator constitui debet, si quædam actiones perituræ sunt. Et Vlpianus *in l. 2. pr. Digest. de curator. bon. dando*, ait: *De curatore constituendo hoc iure vtimur: vt prætor adeatur, isque curatorem curatoresque constituat ex consensu maioris partis creditorum: Vel præses prouinciæ, si bona distrahenda in prouincia sunt: Quæque per eum eosue, qui ita creatus creatiue essent, acta, facta gestaque sunt, rata habebuntur.*

At diceret aliquis curatore opus non esse, cum ad creditores in bona immissos pertineat vt bona ista curent, ac bene custodiant, qua salua sint nec detrimenti quid sentiant. superuacuum igitur haut immerito videbitur bonis alium curatorem dari.

Sed de hanc obiectione respondetur: interdum necessarium esse curatorem bonis dari quia huiusmodi occurrant quandoque in bonis conficienda quæ operam curatoris omnino desiderent, nec per ipsos creditores expediri possint: Etenim sæpe accidit vt res quædam ex bonis alienandæ sint, quia alias perituræ, aut tempore deteriores futuræ eli-

rae essent, quæ si non alienentur in tempore precium illarum periturum nobis foret: Atqui creditores ex secundo decreto immissi, quoniam non sunt illarum rerum domini, nec illis etiam adhuc permissa sit earundem alienatio & distractio, non possunt eas alienare, tametsi necessitas distractionem efflagitet.

Deinde sæpe accidit vt necessarium sit nomine debitoris agi, ne actio tempore pereat: At creditores nomine debitoris sui agere non possunt. Cum actionem non habeant *l. si pupilli. §. vltim. ff. de negot. gest.*

Quocirca si eiusmodi quid inciderit, quod per creditores expediri non possit, sed curatoris operam desideret, curator constitui debet.

Et hoc est, quod dicit Gaius *in d. l. 14.* curatorem constituendum esse, *si quædam actiones peritura sint.*

Non igitur alteri nisi requirente & efflagitante id summa necessitate.

Hic autem curator bonorum à curatore personis dato, in hoc differt, quod hic etiam inuitus datur, quoniam munus publicum est curatela personarum. Curator vero bonis non nisi volens, præterquam si nullus reperiri possit qui voluntarie ac sponte curatelam bonorum in sese recipere velit, aut singulari de causa Imperator aliquem compellat; Expressum hoc est *in l. 2. §. quæritur. ff. de curatore bonis dando*, quo in loco ita scribitur: *Quæritur; an inuitus curator fieri possit, & Cassius scribit neminem inuitum cogendum fieri bonorum curatorem, quod verius est. Voluntarius itaque quærendus est: Nisi & magna necessitate & Imperatoris arbitrio hoc procedat, vt & inuitus creetur.*

Ratio autem huius satis est euidens hæc videlicet, quod curator personis etiam inuitus idcirco datur, quia munus est publicum personarum curatela *princ. Institut. de excusat. tutor.* Curatela vero bonorum est munus duntaxat priuatum, quale inuitus nemo in se recipere cogitur.

Quid si plures sint tutores, an omnes in solidum tenebuntur? Affirmat hoc Celsus *in l. 3. Digest. de curator. furios. dand.* vbi ait: *Si plures eiusdem bonorum curatores facti sunt, in quem eorum vult actor, in solidum ei datur actio, tanquam quiuis illorum in solidum aget.*

Illud valde controuersum est: Anne curator bonorum suum in locum procuratorem dare & substituere possit? Quæst. 17. *An curator bonorum in suum locum procuratorem substituere possit?*

Pro sententia Affirmatiua hæc adducitur ratio, quod curatores bonorum legitimi sint administratores ac pro dominis habeantur, & ideo procuratorem constituere valeant, per textum *in l. 2. pr. Digest. de curator. bon. dand.*

2. Accedit & ista ratio quod procurator constituat in iudicio alium procuratorem, & ideo hoc denegari non debeat Curatori Zasius ad *l. si plures. Digest. de curator. bonis dand.*

3. Denique hoc ipsum satis & abunde euincit *l. Neque 11. Codic. de procurator.* ibi enim Imperat. Alexander hæc in verba rescribit: *Neque tutores, neque curatores ex sua persona in rem pupilli vel adolescentis procuratorem facere possunt, sed actorem constituere debent: Pupillus vero vel pupilla, adultus vel adulta, tam ad agendum, quam ad defendendum, tutore seu curatore interueniente, procuratorem ordinare possunt; ipsi etiam tutores & curatores post litis contestationem à se factam, ad exemplum procuratorum, qui litem contestati sunt, dare procuratores non prohibentur.*

Ex quo textu Donellus *lib. 23. comm. c. 16.* concludit quod Curatores bono-

bonorum procuratorem dare post litem contestatam possint; ita vt ab isto procuratore neque de rato, neque iudicatum solui satisdatio exigatur nomine eius, cuius bona venerunt, sed ipsorum curatorum nomine qui procuratorem dederunt; propterea quod curatores bonorum legitime creati dominorum loco habeantur, vt quæcunque per eos gesta sunt, rata sint; *d.l.2.pr. ff. de curat. bon. dand.*

Neque huic sententiæ refragatur quod domini sit constituere procurarem *l.1.ff.de procurat.* Nam & curatores & alii, qui post litem contestatam sunt dominorum loco procuratores constituere possunt *d.l. Neque. C. de procurator.* Et quod curatores sint dominorum loco & in sua administratione pro dominis habeantur, satis abundeque euincit *d.l.1.& 2. ff. de bonis curator.dand.*

Sic etiam ad rem parum facit quod Anton, Fabr. *5.coniect.18. vrget*, quod missione in possessionem, ex secundo decreto facta, & quando de bonorum distractione quæritur curator soleat, non procurator dari, cum nuspiam sit dominus qui procuratorem constituere possit: Hoc quippe argumentum, quid obsecro facit, quam quod principium petit: Hoc siquidem ipsum est quod nunc in controuersiam reuocatur, anne curator procuratorem substituere possit: Deinde etsi dominus non sit qui procuratorem possit constituere: est tamen curator domini loco, qui procuratorem substituere possit *d.l.2.pr. & d.l. Neque.*

Secundum decretum & ex eo facta missio ad hoc comparata est vt res debitoris possideantur; & quidem quin veri possessores efficiantur, qui ex secundo decreto in possessionem mittuntur, dubitandum plane non est, sunt enim in promptu textus expressi, quibus hoc ipsum significatur vt *in l. 10. §. si forte 5. ff. de damn.infect.l.5. §.2. ff. ex quibus causis in poss.eat.l.9.§. 6.l. 31. §.1.ff. de reb. auctor.iud. possid.* Vt ita inter primum & secundum decretum hæc solum differentia sit, quod ex primo decreto custodia solum, ex secundo autem possessio transferatur in eum, qui missus est in bonorum possessionem.

Sed de reali actione hoc controuertitur, anne ex solo temporis lapsu aliquis possessor fiat, hoc est, vtrumne si à prima missione intra annum debitor responsurus non veniat, sine alio decreto creditor ex dispositione iuris possessor efficiatur? Quæst.18. *An in reali actione lapsus temporis verum possessorem constituat?*

Negatiuam amplectitur noster Treutlerus, per textum *in l.7. §.16. & 18.ff.quib. ex caus. in poss. eat.* vbi docetur, in actione in rem possessionem & distractionem rerum, in quas missus est, consequi creditorem si ex secundo decreto immissus fuerit: Vnde colligitur quod si non sit immissus possessor, ex solo temporis lapsu possessionem non habeat.

Sed pro contraria sententia adducit Wesenbecius *tit.Dig. de Reb. auctorit. iud. possid.num.3.* in eam videtur inclinare sententiam, quod solius temporis lapsu creditor efficiatur possessor, secundo etiā decreto nō interposito. Nititur vero *l.45.ff.de damn.infect.* quæ sic habet: *Ædificatum habes.ago tibi ius non esse habere, non defendis, ad me possessio transferenda est, non quidem vt protenus opus destruatur (iniquum enim est demolitionem protenus fieri) sed vt id fiat: Nisi intra certum tempus egeris, ius tibi esse ædificatum habere.*

Addicit etiam *in l. 8. §. penult. Cod.de præscript.30.vel 40. annorum.* Cuius hæc sunt verba: *Sed si quis non per vim sed per sententiam iudicis eam obtinuerit, ea tantum occasione, quod absens prior possessor ad litem vocatus minime responderit, licebit ei id & ad similitudinem cæterorum, qui rei dominium habent, intra annum se offerenti cautioneq, suscipiendæ litis danti, eandē rem recipere, superq, ea cognitionali subire certamina.*

Sed

Sed si hi textus bene considerentur, nihil quicquam pro sententia Wesenbecii facient: primo enim non loquuntur in specie de actionibus in rem, sed de actionibus in genere: Quin imo loquitur *d.l.45.* de actione damni infecti, quæ non est in rem, sed in personam. Deinde non loquũtur de missione in bonorũ possessione, quæ à prætore cõtra latitãtes decerni solet, sed loquitur de alio coercitionis remedio, quo si reus non defendat rem & ius suum, transferatur res tandiu in manus aduersarii eaque ab ipso tandiu detineatur, donec de iure suo doceat; Alius sane est latitans, alius est rem non defendens. Denique si *dd. ll.* possessio ad actorem transfertur, non certe hoc fit lapsu solius temporis, sed sententia iudicis *d.l.8.§.penult.* in verb. *per iudicis sententiam eam obtinuerit.* vt ita plus quam manifestum sit propositas leges ad rem non pertinere, sed extra terminos quæstionis nostræ vagari.

Quæ. 19. *An ex secundo decreto transferatur dominium?* An porro ex secundo decreto dominium rerum possessarum in creditorem transferatur, quæstionis est admodum controuersæ? Sed ego negatiuam sententiam veriorem esse arbitror.

1. Quia prætor non potest facere dominum. *pr. Inst. de bon. poss. l. qui vsumfructum. ff. si vsusfruct petat.* Atqui prætor mittit in possessionem bonorum. Igitur per istam immissionem, siue ex primo, siue ex secundo decreto fiat, non potest facere dominum.

2. Accedit quod *in l.5.ff. de damn. infect. & in l.15.§.16.ff. eod. tit.* diserte dicitur, eum, ex secundo decreto in possessionẽ bonorum est missus, rem in quam missus est, vsucapere: Atqui vsucapere non posset, si dominium eius iam tum haberet argum. *§. sic itaque discretis. Inst. de act.*

3. Postremo confirmat sententiam nostram non parum quod in edicto de damno infecto & edicto de creditoribus in possessionem mittendis nulla fiat mentio dominii, sed possessionis duntaxat: Quod sane argumento est, immissionis in possessionem bonorum non hunc esse effectum vt dominium tribuat, alioquin illum, vtpote maximum & fere præcipuum, tanto silentio non prætериissent prætores in edictis.

Sed quod missio in possessionem bonorum, ex secundo decreto facta, non tribuat dominium creditori sequentibus fundamentis probatur.

1. In *l.1.ff. de fund. dotal.* expresse asseritur, vicinum in bonorum possessionem missum, deinde iussum possidere fieri dominum.

2. In l. *Communi. 7. §. si duo 4. versic. plane. ff. commun. diuidund.* iussus possidere damni infecti causa, dicitur habere rei vindicationem. Ex quo infallibiliter sequitur quod sit dominus, per textum expressum *in l.23. de Rei vindicat.* vbi dicitur eum in rem actione experiri posse, qui aut iure ciuili, aut iure gentium dominus est.

3. In *l. sed si res. Cod. commun. diuid.* iussi ædes possidere, dicuntur ex hoc dominium ædium nancisci.

4. In *l.3.§.1.ff. de reb. eor. qui sub tutel. sunt.* alienatio fieri dicitur rei pupillaris per secundum decretum quo creditor iussus est rem pupillarem possidere.

5. In *l.2.C. si ex noxal. action.* iussu prætoris ex causa noxali seruus, qui à domino non defenderetur ductus, dicitur esse in bonis actoris, siue eius, qui duxit.

6. In *l. 15.§ 16 ff. de damn. infect.* expressis atque disertis verbis asseritur, eum, qui in possessionem damni infecti nomine mittitur, secundo decreto dominum effici.

7. Et *in ead. l.15.§.33.* is, qui ex secundo decreto in bonorum possessionem missus est, dicitur possidere.

8. Postremo quod ex secundo decreto dominium transferatur, post Ac-

cursium *in l. prætoris officium. Digest. de damn.infect.* statuunt Æguin. Baro *lib. 6. manual.tit.de bonor.possess.* Vaud.*lib. 1. variar.quæst.37.* Anton.Cont.*lib.3.cap.8. circa princip.* Hubert.Giphan.*ad l.10. n.11. & sequent.ff. de acquir. possess.* Circa hanc legum contrarietatem sudant & laborant non parum Interpp.nostri.

Equidem Iacobus Cuiacius *in tract.9. ad African.l.43.de damno infect.& lib.21. obseruat.36.* statuit,eum, qui possidere iussus est, fieri dominum possessionis,non vero proprietatis,antequam rem vsuceperit.

Sed hæc sententia non iniuria reiicitur, propterea,quia textus antea adducti non loquuntur de possessione aut possessionis dominio sed de dominio rei ipsius.

Iohannes Vaudus *d.loco.* ait, eum,qui à prætore iussus est possidere, commodum duntaxat possessionis & vsucapiendi potestatem consequi, nec secundo decreto, sed possessione duntaxat dominum effici. Sed & huic sententiæ opponit Caspar Schifordeckerus *lib.1.tractat.7.quæst.4.* textum *in l.1.Digest. de fund. dot.* vt & reliquis eiusdem sententiæ textus, in quibus dicitur, secundo decreto à prætore dominum constitui.

Ipse proinde Schifordeckerus, secutus Anton.Fabrum *de error. pragmat. decad.10.error.7.& lib.7. coniect.c.4.& lib. 20. coniect.c. 11.* Petr. Gilcken. *in tractat. de præscript.part.2.membr.2.c.5. num. 16.* statuit, eum, qui in bonorum possessionem mittitur damni infecti nomine, ex secundo decreto fieri quidem dominum bonitarium; sed per possessionem & vsucapionem postea effici dominum Quiritarium.

Pro qua distinctione & sententia est textus *in l.15. §.16. Digest. de damno infect.* vbi dicitur, eum, qui in bonorum possessionem mittitur, non prius incipere per longum tempus dominium capere, quam si secundo decreto à prætore dominus constituatur. Dicitur à prætore per secundum decretum dominus constitui ille,qui à prætore in bonorū possessionem mittitur, atque ex eodem tempore eandem rem longo tempore capere: Prius igitur ex secundo decreto dominium acquirit ac nanciscitur bonitarium, postea per vsucapionem Quiritarium etiam dominium obtinet.

Cæterum hæc distinctio, etsi olim in vsu fuerit, eiusdemque nonnulla vestigia etiamnum in iure ciuile extent vtrum tamen ad propositum huc accommodari queat, valde dubito, propterea quod cæteri textus de dominio, ex secūdo decreto, ei,qui immissionem impetrauit,ac iuitendo, indistincte loquantur,nec vllo verbulo eiusmodi distinctionem insinuent.

Quocirca ab illorum Dd.sententia hoc loco recedendum non arbitror, atque sic omnino statuendum existimo, eum, qui ex causa damni infecti ex secundo decreto iussus est possidere, non statim dominum fieri, sed possidere incipere & possidendo rem vsucapere, per text.*in l.5.pr.l.15. §.16. Digest.de damn. infect.* Hinc illi textus, in quibus dicitur,missum in bonorum possessionem fieri dominum,veluti *in l.1.Digest.de fund. dotal.l.sed si res.Digest.commun.diuid.l.15. §. 16.& § 33. Digest.de damn. infect.* ita accipiendi videntur, non quod statim,directo atque immediate domini fiant, qui in possessionem bonorum mittuntur, sed quod domini efficiantur ex secundo decreto, mediante & interuenienre longi temporis possessione *d.l.5.pr. & d. l.15.§.16.Digest.de damn.infect.* Non etiam obstat *l.7.§.4.versic.plane Digest. commun. diuidund.* vbi dicitur missum in bonorum possessionem habere rei vindicationem: Ad illum enim textum respondetur illic asseri, missum in possessionem

ftem posse habere actionem in rem, sicuti rei vindicationem, non autem, quonam tempore habere illam possit, ibidem exprimi: Igitur sic eum intelligendum esse, quod rei vindicationem possit habere, postquam per longi temporis possessionem dominus factus fuerit, iuxta *d.l.15.§.16.*

Pari modo & illud accipiendum est quod dicitur *in l.3.§.1.Digest.de rebus illor.* per secundum decretum fieri alienationem: Hactenus quippe fit alienatio per secundum decretum, quatenus occasionem vsucapiendi atque sic alienandi præbet illi, qui immissus est; Vt ita secundum decretum non per se, nec propter se, sed propter aliud, sit modus acquirendi & transferendi dominium.

Quæst.20 *Qualiter fiat missio plurium creditorũ?* Si plures creditores eiusdem debitoris mittantur in debitoris sui bona, quæstio est, vtrum æqualiter, an vero vnusquisque pro rata damni ex secundo decreto missi intelligatur. Et quidem posterius hoc affirmauit Accursius; prius vero confirmauit Zasius in loco ab Authore allegato. Vtriusque sententiæ argumenta enarrabimus & considerabimus.

Et quidem pro Zasii opinione quod scilicet æqualiter missi intelligentur, sequentia hæc argumenta facere videntur.

1. Quæ ex secundo decreto possidere iubentur, nullum damnum adhuc senserunt, pro damno enim, quod futurum metuitur, possidere iubentur *l.12. & l.prætor §. hoc edict. Digest.de damno infect.* Non igitur pro rata damni possidere possunt, quibus nullum adhuc damnum datum est *arg.l.1.§.Iulianus. ff. de itinere actuque priuato.*

2. Missio ex primo & secundo decreto principaliter contumaciam respicit, non damnum, quod necdum datum est, id quod vel ex ipsis Accursii verbis *in l.si finita.§.cum autem.* colligitur, & corroborat idipsum quoque *l.hoc amplius. post pr. Digest.de damn.infect.* dum ibi deciditur, integra re vnumquemque cogi cauere, aut ædibus carere, quas non defendit, vbi aperte ICtus docet, ædibus careri oportere non propter damnum, sed quia non defenduntur: Iam vero contumacia aduersarii omnes missos æqualiter respicit *argum.l.prætor.§.si plures, Digest.de ex quibus causis in possess.* Cum ergo æqualis est omnibus facta contumacia, & in ipsa missione contumacia præcipue attenditur, consequens est, vt æqualiter sint domini, postquam iussi sunt possidere, is enim, qui non cauerat, recte dicetur erga omnes æqualiter ædes suas non defendisse.

3. Præterea certum est quod hi, qui ex secundo decreto possidere iubentur, partes concursu faciant. *l.si finita.§.cum autem.ff.de damn.infect.* qui textus aperte loquitur de secundo decreto: Sed natura concursus est vt partiatur in partes æquales *l.Cum quæstio. in fine. Cod. de legat.* Quod autem *d.§.cum autem,* loquatur de secundo decreto exinde apparet, quod missi ex primo decreto concursu facere non possunt: Nullas siquidem omnino partes faciunt, cum detineant tantum & causa custodiæ immittantur *l.prætoris §.si plures.Digest.de damn. infect.l.3.§.fin.Digest.de acquir.poss.* At custodia, quæ communem rem respicit, non potest in partem fieri *l.3.in fin.Digest. de verb.obligat.argum.l.1.§.si apud Digest. deposit.* Vnde inter primum & secundum decretum hæc est differentia, quod nisi ex primo decreto, etiamsi plures sint, omnes simul in solidum causa custodiæ detinent, sed si ex secundo decreto iubeantur possidere, non omnes in solidum possident, sed concursu partes faciunt *d.§.cum autem.*

4. Insuper ab vno, inquit Zasius, ad plures in hac materia recte argumen-

tum

tum ducitur *d.§.cum autem.l.Miles.§.1.ff. de re iudicat.* Sed si vnus in bonorum possessionem ex primo, & post ex secundo decreto mitteretur, is in totas ædes, non pro rata damni mitteretur *d.§.cum autem in fine.l.si proprietarius pr.ff.de damno infect.* vbi pro minimo damno missus, totas ædes possidere iubetur. Ergo & in pluribus missis idem erit dicendum, quod nempe non pro rata damni, sed pro æqualitate ex concursu resultante immissio plurium facta intelligatur.

5. In *l. ex damni. §. de damno infect.* præsens hæc quæstio claram videtur decisionem habere: Nam ibi, si plures socii communis domus ideo mittantur in possessionem, quod aduersarius non cauerat, æqualiter mittentur, non ex dominicis partibus: Atqui certum est quod plures immissi ex primo decreto, si postea immittantur ex secundo reipsa socii fiant *l.si finita.§. sed si quis eor.* vnde dominicæ partes eis non ex rata damni, sed æqualiter attenduntur.

6. His postremo accedit textus *in d.§.cum autem.l.si finita §.si ante Digest. de damn.infect.* ibi enim clare asseritur quod plures missi æqualiter domini fiant, vnde sequitur quod ex partibus æqualibus argum. à coniugatis. Et quanquam Accursius & cæteri ipsius sequaces textus istos ita interpretentur; æqualiter, id est, pro rata damni: istam tamen interpretationem absurdam & intolerabilem dicit Zasius; & eum qui æquale interpretatur pro rata, perinde habendum ac si circulum pro triangulo exponeret.

Non obstat huic sententiæ quod obiicit Accursius iniquum esse eos inæqualiter dominos aut possessores fieri, qui inæqualē causam damni prætēdunt.

Nulla siquidem prorsus est iniquitas: Cum non inspiciatur causa damni, quod vt supra dicebatur, nondum euenit, sed potius contumacia non cauentis, seu latitantis nec res suas defendentis.

Sic etiam præcedenti sententiæ non refragatur quod si ex stipulatione ad damnum agatur, damni restitutio pro rata fieri debeat *l.ex damni.§.2.ff.de dāno infect.* Missio autem ex secundo decreto fit loco cautionis *l.Prætor.§ In eum.eod.tit.* Igitur pro rata competere debeat, quia surrogatum sapit id, cuius in locum est subrogatum.

Hoc argumentum, vt dixi non obstat: Respondet enim Zasius errare in eo Accursium, quod putat missionem ex secundo decreto ita pro rata damni fieri, sicut ex stipulatu pro rata damni agitur; quia ista hæc similitudo ex separatis & diuersis rebus desumpta, nihil proficiat: Nam ex stipulatione ad damnum præteritum, quod iam contigit, quod euenit, agitur; missio autem ex secundo decreto tam nullum damnum respicit, quam necdum vllum damnum est. Non autem verum est quod missio ex secundo decreto, fit loco cautionis *l. si finita. §.postea.ff.de damn.infect.* vbi post secundum decretum nihil efficeret aduersarius, si cautionem offerret.

Denique non obstat *l.prætor.§. in eum. ff.de damn.infect.* quia ibi actionis in factū mentio fit, quæ datur contra eum, qui non cauit, nec possideri passus est, quæ actio non ante competit, quam damnum senserit vicinus *d.l.si finita.§.fin. cum l.seq.ff.de damn.infect.*

Creditoris porro ex secundo decreto in possessionem missi ad officium spectet, non vt fructus lucretur & consumat, sed vt vel vendat, vel locet *l.in venditione.§.1 ff. de rebus auctoritat.iudic. possid.* Ita vt si creditor non locet, nec distrahat fructus & exinde minus fructuum perceptum est ex prædio, tunc tenebitur eius nomine *l 9.§ 6.ff.d.tit.* verba hæc sunt: *In eum quoque qui neque locauit fructum, neque vendidit, in factum actionem dat prætor, quanto minus propter hoc perceptum est, quia neque vendidit, neque locauit.*

Sed

Sed huic præcedens §. *Est præterea eiusd. legis* non parum aduersari videtur, dum ibi hoc modo scribitur: *Est præterea quæsitum, si deteriora prædia facta fuerint sine dolo malo creditoris, vel iura eorum amissa, vel ædificia diruta vel exusta, item familia pecorumque acta cura non sit, aut possessio alij tradita, an tenetur? & apparet eum non teneri, quia dolo malo caret, eritque melior eius conditio, quam in pignore creditoris, qui non tantum dolum malum, verum culpam quoque debet.* Ecce in hoc textu creditor aliquid negligens, modo doli sit expers, conueniri non potest, quod superiori assertioni plane repugnare videtur.

Verum hosce textus hoc modo conciliat Zasius, vt in modo allegato §. *Est præterea.* agatur de prædijs, quæ in seipsis facta sunt deteriora: quo casu negligentia & culpa creditoris excusatur: At *d.* §. 6. loquatur de perceptione fructuum deteriore reddita.

Subiicit noster author: Vnus è pluribus creditoribus possessionem Cæteris prodesse; ita vt si vnus è creditoribus sit immissus, cæteri quoq; immissi intelligantur. Videbatur equidē hoc negandū propterea quod per liberam personam alteri acquiri non potest *l. 38. alteri Digest. de verbor. obligat.* §. *Alteri &* §. *alii Inst. de inut. stipulat.* & ideo nec vnus ille creditor in bonorum possessionem immissus cæteris creditoribus ius immissionis acquirere potuerit.

Sed, hac ratione non obstante, contrarium responsum est ICto *in l. Cum vnus. 12. Digest. de reb. auctor. iud. possidend.* dum ita ait: *Cum vnus ex* creditoribus postulat in bona debitoris se mitti, quæritur vtrum solus is, qui petit, possidere potest, an cum vnus petit & prætor permisit, omnibus creditoribus aditus sit: & commodius dicitur, cum prætor permiserit, non tam personæ solius petentis, quam creditoribus & in rem permissum videri, quod & Labeo putat: Nec videbitur libera persona adquirere alii, quia nec sibi acquirit quicquam cui prætor permittit, sed aliquid ex ordine facit, & ideo cæteris quoque prodest.

His verbis propositam quæstionem decidit ICtus quod vno immisso & reliqui creditores pro immissis habeantur & ad dubitandi rationem respondet non obstare quod per liberam personam non possit nobis acquiri, quia in casu proposito is qui immissus est nec sibi ipsi quicquam acquisierit, sed ex ordine iudicii, seu ex ordinario iure, quasi viam præparasse, & ianuam aperuisse, quam intrantes sibi quæsierint ipsi: Nec sane qui per occasionem alicui commodum parat dicitur quicquam acquirere.

Sed huic sententiæ prima fronte grauiter obstare videtur quod is, qui primo immissus est in pignus iudiciale, dicitur aliis in idem pignus immitti petentibus præferri *l. Et si iure Digest. qui pot. in pign.*

Verum ad hanc obiectionem respondendum est, diuersum esse rationem pignoris iudicialis, hoc est eius pignoris, quod capitur pro re iudicata, & deinde eius quod à prætore per immissionem in possessionem constituitur: de illo loquitur obiectio: De hoc vero nos in præsentiarum differimus, Ratio autem diuersitatis videtur esse manifesta, quia missus in pignus iudiciale dicitur iam verus possessor: Nam creditor possidet pignus, quo casu alius non potest concurrere, eodem iure quo prior, cum duo simul eandem rem possidere nequeant *l. 2. Digest. de acquir. vel amitt. poss.* At immissione in possessionem ex primo decreto pignus non constituitur.

Ex secundo decreto facto immissio pignus constituit, sed prætorium,

non iudiciale, prætorium pignus præsupponit ius obligationis, quo iure continentur confessata, quæ habent vim sententiæ definitiuæ *l. post mortem. ff. de confessis*. Zasius *in d. l. Cum vnus*.

RESOLVTIO THESIS *Quarta*.

Lit. A. Contra debitores igitur, quo respondeant, bona sua defendant, aut iudicato satisfaciant introductum est illud de quo hactenus dictum est, in bonorum possessionem missionis remedium: Sed & alia erant contra debitores obæratos comparata remedia, valde aspera, quibus ab inuitis extorqueretur debiti solutio. Etenim defuncto debitore, qui soluendo non erat, permittebatur Lege 12. Tabul. creditorib. si multi essent, corpus debitoris in partes secare. Di lac. *Couarruu. l. 2. resolut. c. 5. n. 1.* Balduin. *ad Leges Romuli c. 46. num. 72.* Petr. Heig. *part 1. quæst. 35. n. 26.*

Quæst. 21. *An sepultura debitoris propter æs alienum prohiberi possit?* Sed & obærati creditoris cadauer petentibus creditorib. vt pignus quoddam, donec æs alienum integre solueretur, insepultum detineri potuisse olim & adhuc iure posse, non desunt, qui existiment. Verum hæc sententia communi DD. calculo explosa hodie est; Et sane meritissime.

1. Primo enim certum est opinionẽ hanc satis duram & inhumanam nullum penitus habere fundamentum in iure ciuili, naturali aut diuino: Quin potius ratio naturalis, diuina & humana iura nequaquam patiuntur defunctorum cadaueribus sepulturam denegari, nisi id fiat propter causam aliquam quæ Reipublicæ commodum spectet. *Ecclesiast. c. 7. cap. 1. Ecclesiastico. cuuf. 13. quæst. 2 cap. qui diuina. eád. cauf. & quæst.* Sed & Diuina lege olim cautum erat ne crucibus affixi malefici insepulti relinquerentur, sed mortui de cruce tollerentur & terræ mandarentur. Quo pertinet elegans Augustini sententia *l. 1. de ciuitat. Dei. c. 13.* vbi ait: *Nec ideo contemnenda & abiicienda sunt corpora defunctorum, maximeque iustorum & fidelium: quibus tanquam organis & vasis ad omnia bona opera vsus est spiritus sanctus*.

2. Quin etiam Imperator Iustinus aperte sancit, non licere ob æs alienum cuiquam sepulturam prohibere *l. 6. C. de sepulchro violato*. Cuius hæc sunt verba: *Cum sit iniustum & nostris alienum temporibus, iniuriam fieri reliquiis defunctorum ab his qui debitorem sibi esse mortuum dicendo, debitumque exigendo sepulturam eius impediunt, ne in posterum eadem iniuria procederet cogendis his, ad quos funus mortui pertinet, sua iura perdere; ea quidem quæ mortuo posito ante sepulturam eius facta fuerint vel exigẽdo quod debitum esse dicatur, vel confessiones aliquas aut fideiussorem aut pignora capiendo, penitus amputari præcipimus. Redditis vero pignoribus vel pecuniis, quæ solutæ sunt vel absolutis fideiussoribus & generaliter omnibus sine vlla innouatione, in pristinum statum reducendis; principale nego ex integro dispici tari. Eum vero qui in huiusmodi fuerit deprehensus flagitio quinquaginta libras auri depẽdere: vel si minus idoneus ad eas persoluendas sit, suo corpore sub competente iudice pœnas luere.* Nullum igitur amplius dubium superesse potest, quin debitorum cadauera, loco pignoris, à creditoribus retineri amplius nequeat.

3 Accedit hisce fundamentis & illud quod intersit Reipubl. defunctorum corpora insepulta non remanere pro ciuitate conseruanda à pestilentia, quam fœtores inducunt, prout docet experientia rerum magistra.

4 Adde quod, etsi debitoris persona obligata fuerit, dum viueret, creditoribus suis, ista tamen obligatio, quod ipsius debitoris personam reuera extincta fuerit; mors siquidem om[nia] soluit & debitorẽ obligatione ac debito liberat;

rat ; quanquam in heredes obligatio transeat.

5. Postremo cum defuncti heredes conueniri possint debiti nomine & ipsi quoq; ad æs alienum hereditarium exsoluendum iure sint obstricti, perspicuũ vindictæ argumentum foret, si creditor defuncti cadauer insepultum, loco pignoris, retinere conaretur. Quod si heredes nullos reliquit debitor qui ipsius loco conueniri possent; alio ipsis prospectum est remedio, vt nempe bonorum ipsius distractionem fieri & ex pecunia, inde redacta sibi satisfieri petant. Quod si deniq; defunctus nulla bona reliquit, inutilis, inanis & sine vllo effectu foret cadaueris detentio: Tametsi enim in infinitum illud retinerent creditores, debitum tamen non consequerentur.

Quo circa creditores rationem plane nullam habent, ob quam defuncti sui debitoris cadauer retinere possent.

Illud vero iure ciuili Romano licitum esse extra omnem dubitationis aleam positum est, vt debitorem suum in debito exsoluendo moram nectentem, atque ad inopiam vergentem, quo citius creditum extorquere possent, in vincula & carceres conijcere queant. Hoc quippe satis abundeque comprobat *l. 1. & 7. C. qui bonis cedere poss.*

Sed contra hanc iuris Romani asperitatem prospectum est obæratis creditoribus saluberrimo cessionis bonorum beneficio; ita vt si creditoribus suis cesserint bonis, liberentur à carceris molestia: Atque ob hanc solam causam introductum esse cessionis remedium, his verbis *in d. l. 1. Cod. qui bonis ced.* Alexander Imperator testatus est. *Qui bonis cesserint, nisi solidum creditor receperit, non sunt liberati. In eo enim tantummodo hoc beneficium illis prodest, ne iudicati trahantur in carcerem.* Et *in l. 7.* in verb. *Si enim & paterfam. admittendus est propter iniuriarum timorem, ad cessionis flebile veniens adiutoriũ &c. C. eod. tit.* Hinc cessio bonorũ, quia à molestia, squalore & cruciatu corporis liberat, ita vt ea facta, molestari & inquietari cedẽs amplius nequeat *l. 3. ff. de cess. bonor.* passim in iure dicitur beneficium *l. 1. l. 4. l. 7. l. 8. C. qui bon. ced. possunt.* Sed quia per cessionem efficitur vt debitor suis exuatur bonis & ad egestatem prope redigatur extremam, inde flebile dicitur adiutorium *d. l. 7.* & miserabile auxilium. *d. l. 8.* Vt proinde per se quidem beneficium esse non videatur; respectu tamen maioris incommodi, maioris molestiæ, quam quis, mediante cessione bonorum euitare potest, recte beneficium, priuilegium, adiutorium & auxilium dicitur.

Sed nunquid & hactenus flebile & miserabile beneficium dicetur bonorum cessio quod infamiam iuris aut facti irroget cedenti.

Et de hac re extare videntur diuersæ ac discrepantes legum nostrarum sententiæ: nam *in l. 11. Cod. ex quibus causis in famia.* Alexander Imp. constituit eam cedenti bonis nullam irrogare maculam oportere. *Debitores*, inquiens *qui bonis cesserint, licet ex ea causa bona illorum venierint, infames non fiunt*, & *in l. vlt. qui bon. ced. possunt.* Iustinianus diserte rescribit, *bonorum cessionem fieri salua debitorum existimatione:* quo satis innuitur, nullam infamiam ac ne facti quidem irrogari bonis cedenti; alias enim salua eius existimatio non maneret. Quæ. 22. *An cessio bonorum infamet?*

Contra vero, quod cessio bonorum infamiam irroget, si non iuris, facti tamen, dicendum videtur ex *nouella 135. cap. 1.* vbi cessio bonorum ignominiosa dicitur. Et *in §. 1. quibus ex causis manumit.* bonorum venditio debitori notam aliquam apud bonos viros adferre asseritur.

tutum Romanis legibus, nullam penitus solennitatem ad bonorum cessionem requirentibus, quia tamen iusta ratione nititur, idcirco tale statutum omnino subsistere & obseruandum esse concludendum videtur.

Veruntamen plerique interpretes eiusmodi statutum non valere contendunt & ita sentiunt. Cyn. *in l.1 q.5. Cod. de ceß. bonor.* Bald. *in l. fin. ff. eod.* Brun. *d. q. 6.* Ratione hac potissimum nituntur quod tale statutum esset contra bonos mores, quod spectaculum praeberet per se turpe & plenum offendiculi.

2. Addi potest & isthaec ratio, quod talis obseruantia nihil omnino emolumenti adferret creditoribus, debitoribus vero summum dedecus & infamiam irrogaret.

3. Postremo hoc etiam considerandum est quod cessio bonorum ideo sit introducta vt esset beneficium, auxilium & adiumentum debitorum, prout supra ostensum est: Hoc autem ipsum, quod in fauorem creditorum introductum est in manifestum eorundem detrimentum & incommodum conuerteretur, si tam ignominiosae solennitates cessioni adhiberentur, quae in dedecus & summam ignominiam bonis cedentium vergerent; Et hoc pręsertim aduersus eos, qui aduersa fortuna pręter vllam suam culpam, eo essent redacti vt bonis cedere cogerentur: Cum regula sit iuris quod afflicto vlterior afflictio addi non debeat, nec infortunii cuius penes ipsum nulla residet culpa poenam luere nemo debeat.

Ex his proinde rationibus relucere arbitror quod illud statutum, quo eiusmodi ignominiosa introducitur cessio plane irrationabile ac bonis moribus foret contrarium; & idcirco in Republ. bene constituta non tolerandum nec obseruanda.

Nec eo defenditur colore quod tali solennitate famosa à fraude & dilapidatione alii deterrerentur: Hęc siquidem ratio in illis non habet locum qui infortunio coacti cedunt bonis. Deinde idcirco in genere contra debitores admitti non potest, quia beneficium debitorum conuerteret in ipsorum odium, vt dictum est, contra *l. 25 ff. de legib. & l. 6. C. eod.*

Etsi porro rigido veteri iure debitor in seruitutem creditori addici consueuisset non quidem vt seruus eius esset, sed vt ei seruiret & in eius seruitute esset, prout ex Agellio *lib. 1. Noct. Attic. 20.* constat; Veruntamen hoc hodie recentioribus Iustinian. Constitutionibus in *l. ob aes. C. de oblig. & act.* vbi Diocl. et. scribit: *Iura non pati quenquam ob aes alienum seruire.* Et *in l. 2. C. de exactor. tribut.* Constantinus iubet debitores omnem carceris & verberum timorem deponere; quae à peruersis & iratis iudicibus instituta sunt: quoniam carcer poenalium, est carcer hominum noxiorum, non autem debitorum causa repertus. Et quanquam Franciscus Hotomannus in illustr. quęst. 26. hunc textum conetur restringere ad debitores tributorum & fisci, id tamen idcirco non est admittendum quia Constantinus non vtitur ratione quę solam tributorum aut fisci causam concernat, sed quae generalis sit & non magis ad fisci quam ad quosvis priuati debitores spectet.

Postremo *in Nouell. 135. c. 1.* Iustinianus Imperator cauit expresse quod debitores qui non sua nequitia, sed fortunae vitio facti fuerint non soluendo, bonis cedere non cogantur, sed postquam iurarint se non habere in bonis, vnde aes alienum soluant, ab omni creditorum molestia liberi ac soluti sint, sic tamen vt illis actiones omnes, quae debitori competunt & competiturae sunt cedantur & si quid aliunde, exigere possint, sibi habeant. Non igitur amplius propter aes

debeat si bonis cedere velit. Ille vero, qui absque sua culpa fortunæ vitio eo redactus sit soluendo suis creditoribus beneficio cessionis liberetur. Ita sanciuit Elector Saxoniæ *part. 3. Constitution. 22.* Cuius verba ita sese habent: Würde jemand / der in vnsern Landen gesessen/oder sich darinnen enthielte/wer der auch were / so viel auffborgen die Leuthe vorsetzen/oder in andere weg schuldig weren / daß alle seine Haab vnd Güter/ nach ergangener Hülff execution vnnd excussion, zur Bezahlung nit zureichten vnd gnug weren/oder vber Vermögen sich in Bürgschafft einlassen/vnnd er möchte bey seinen Gläubigern keine Nachlassung erlangen / berührte Gläubiger weren auch auff andere wege nicht zu behandeln/so soll er auff Beger vhnd ansuchen eines oder mehr der Gläubiger in den Schuldthurn / so wir in vnsern Landen sonderlich darzu verordnen wellen/geleget / vnd also lang darinnen verwahrlich enthalten werden/biß daß er die Gläubiger befriedige / oder sich sonsten mit jhren guten Wissen vnd Willen vertrage vnd abfinde. Vnd es soll jhn darvon keine Abtrettung seiner Güter vnd cession bonorum, so er ohn Bewilligunge seiner Gläubiger thete oder fürnehme/noch ichtes anders entledigen/oder zubefreyen haben.

Es soll aber das Gefängnuß/ darinn er gelegt/zimlichen vnd leydlich seyn/vnd dermassen darinnen enthalten werden/ damit jhme dardurch am Leben/oder Leib keine sonderliche vnd hohe Beschwerunge zugefüget werde / wann aber von den Gläubigern seiner Alimenten vnd Vnderhaltung halben/in der execution vnd excussion seiner Güter keine Verordnunge oder Aussetzung gemacht/ so wird er selbst darauff zu dencken wissen / wie vnnd waser gestallt er seine Vnderhaltung haben möge.

Vnd nach dem wir den Gläubigern zum besten/auch zu Abschew vieler leichtfertiger Personen / so ohne nachdencken sich in Schuld einzulassen/vnd viel wolhabende Leuth vmb jhr Gut vnd in eusserste Verderb zubringen pflegen / diese harte Straff deß Gefängnuß dermassen/wie obstehet/geordnet : So wöllen wir auch derwegen die Versehung vnd Dispositionen der Sächsischen Rechte/ nemblichen / daß der Schuldner dem Gläubiger an die Hand oder Halffter gegeben werden soll / gäntzlichen abgethan / abrogirt vnnd auffgehoben haben.

Wir wollen auch das einreiten vnnd leisten in den Herbergen/dardurch dann nichts anders/dann mehr Schaden vnd Schulde / vnnd sonsten viel Vnraths verursacht / vnd dem Gläubiger derentwegen desto weniger Bezahlung folget/ gänglich verbotten haben/ vnd der Schäden Zehrung vnd Vnkosten halben / so auß den Leistungen vnd einreitungen künfftiger Verschreibungen entstehen/ keine execution vnd Hülffe thun vnd leisten lassen.

Hiergegen aber soll in deß selbschuldigen vnd Bürgen Güter / gebührliche schleunige vnd förderliche hülff ergehen/ vnd fürgenommen werden.

Wir behalten vns aber darbeneben sonderlich vor / wann wir befinden würden / daß einer oder mehr von wegen erlittenen Brandschadens/Schiffbruchs oder durch andere vnvorsehenliche / vnd ohne seine Verwarlosunge beschehene Fälle/in Schuld vnd eusserste Verderb gerathen / daß wir derentwegen auch/ nach Gelegenheit der Personen / vnnd anderer Vmbstände / linderung vnnd milderung der Straff verordnen/vnnd sonsten die Ding nach Billigkeit / entweder entscheiden oder gebührlich weisen lassen wollen.

De

De personis quæ cedere possunt bonis hæctenenda est regula: Quemlibet debitorem bonis cedere posse, qui lege prohibitus non fuerit. *argum l. mutu. ff. de procur.*

Nam & leges beneficium cessionis debitoribus deferentes generaliter loquuntur. Hinc igitur siue paterfam. siue filiusfam. fuerit debitor, cedere bonis potest: Nec intereſt filiusfam. habeat peculium Castense vel quasi Castrense, siue aduentitium, siue profecticium, siue etiam nullum penitus habeat peculium: quandoquidem & patrifam. permittitur cessio bonorum, nec iniuriam patiatur, quia bona in futurum habere potest *l. penult. C. qui bon. ced. possunt.* Et de hoc clara & perspicua extat Iustiniani sanctio *in l. 7. C. qui bon. ced. possunt.* vbi hoc modo rescribitur: *Cum & filii fam. possint habere substantias, quæ patribus acquiri vetitæ sunt, nec non peculium vel castrense vel quod, patre volente, possident; quare cessio bonorum eis deneganda sit? Cum etsi nihil in suo censu hi, qui in potestate parentum sunt, habeant: Tamen ne patiantur iniuriam, debet bonorum cessio admitti. Si enim & paterf. admittendus est propter iniuriarum timorem ad cessionis flebile veniens adiutorium, quare filiisfam. vtriusque sexus hoc ius denegamus. Cum apertissimi iuris est, & inter paterfam. & inter alieno iuri subiectos, si quid postea & pinguius accesserit, hoc iterum vsque ad modum debiti posse à creditoribus legitimo modo auelli.*

Nullum igitur dubium est qui tam paterfam. quam filiusfam. cessionis gaudeat beneficio.

Quæ. 25. *An fœmina possit bonis cedere?* De fœmina vtrum cessionis beneficium habeat ambigitur: Illis quippe proculdubio non datur hoc auxilium, qui incarcerari ob debitum ciuile nequeunt: Cum eum saltem in finem sit introductum vt, eo mediante, à carceris molestia liberentur debitores *l. 1. & l. 7. Cod. qui bon. ced.* Iam vero hodierno tempore fœminæ non possunt propter debitum ciuile incarcerari; Igitur frustra ad cessionis beneficium confugerent.

Assumptio probatur ex Authent. *Sed hodie nouo iure C. de offic. diuers. iud.* quæ ita habet: *Sed hodie nouo iure pro fiscalibus vel priuatis debitis nulla mulier debet includi, sed ad iudicem veniet per se, vel per procuratorem suum, vel mittat vnum, vel alterum, quatenus negotium legitime exequantur: Si contra factum fuerit, maiores iudices viginti libris auri, minores decem puniantur, obedientes autem illis cingulo spoliabuntur, & pœnis subiacebunt corporalibus & in exilium damnabuntur.*

2. Idem plane corroboratur *Authen. Hodie nouo iure. C. de custodia reorum.* vbi in eandem sententiam scribitur. *Hodie nouo iure nullam mulierem pro pecunia fiscali seu priuata causa aut pro crimine quolibet modo in carcerem mitti aut includi, aut custodiri concedimus, sed si pro fiscali aut priuato debito pulsetur, per virum suum aut quem alium legitime respondeat. Quod si noluerit vel respondere vel prosequi litem suam: legitime in rebus suis executio procedat, &c.*

Hinc igitur sic firmissime inferetur hoc modo: Quicunque ob debitum ciuile non potest in carcerem conijci, ille non potest bonis cedere, ob rationem supra adductam, quod scilicet ideo inductum sit cessionis beneficium, ne obærati debitores in carcerem conijciantur *d. l. 1. & l. 7. C. de cess. bo.* Iam vero ex nouis constitutionibus Iustiniani, modo adductis, relucet, quod fœminæ non possint in carceres conijci. Concludendum igitur est, quod nec bonis cædere possint cum ipsis longe meliori prospectum sit beneficio, vt ostensum est. Sed huic sententiæ rursus grauissime obstare videtur *l. 7. D. de cess. bonor.* in qua diserte dicitur, filiisfam. *vtriusque sexus* beneficium cessionis non denegari.

Sed facilis est ex antea adductis constitutionibus responsio. Nam *ex d. Authent.*

thent. sed hodie nouo iure. Cod. de offic. diuers. iudic. & Authentic. Hodie nouo iure. Cod. de custod. reor. quod olim fœminæ non minus atque mares capi potuerint & ob ciuile debitum in carcerem coniici: Quid enim alias noua hac & correctoria Iustiniani lege opus fuisset? Non igitur mirum est quod & prius cessionis beneficium mulieribus necessarium fuerit ad hoc vt carcerem euitarent. Hoc vero prædictis nouis legibus est emendatum ita vt amplius non liceat fœminam ob debitum capere & carceri mancipare: Quocirca ratione & causa bonorum cessionis finali in fœminis correcta, intelligitur ipsa quoque cessio bonorum è sexu fœmineo sublata.

Inepte autem & prorsus impertinenter adducitur ab Authore nostro *dict. Nouell. 134. cap. 9. versic. si vero mulier.* Illic enim, quod mulier nullo modo possit pro debito ciuili capi & in carcerem coniici, asseritur; quod crimen saltem distinguitur, vt proinde plane non appareat, quidnam pro Treutlero faciat nouella ista constitutio.

De Ecclesia, anne bonis cedere possit, itidem dubitatur? Et pleri que id affirmant Duarenus de cessione bonorum cap. 2. Matthæus Brutus *quarta part. princip. quæst. 2.* Vdalricus Zasius *ad §. final. num. 4. Instit. de actionibus.* Mouentur autem omnes præcipue textu *Nouell. 3. præfat. versicul. Cum vero Deo.* in verbis: *Sed ad inopiam descenderent nouissimam, & nec ipsis ministris emolumentum dare sufficerent, sed ad viam omnium infelicissimam causa descenderet, quatenus rerum omnium creditoribus cederet.*

Sed pro contraria sententia hæc ratio militat, quod principalis causa, per quam cessio introducta fuit, quæ est, ne debitor in carceres coniiciatur *l. 1. Cod. qui bonis cedere poss.* Atqui hanc rationem in Ecclesia deficere plus quam manifestissimũ est: Impossibile quippe est vt Ecclesia bonis cedat. Et hanc rationem attingit quidem Brunus qui in contrariam sententiam concedit, sed non dissoluit.

In hac dubietate mihi videtur posteriori huic sententiæ subscribendum. Nec impedit dicta Nouell. 3. præfat. Nam non loquitur de cessione bonorum, sed de rerum Ecclesiæ in solutum datione, vt textus per se satis est perspicuus: Hoc igitur sentit Imperator eo paupertatis redigi sacerdotes vt tandem creditoribus bona sua cedere & in solutum dare cogantur: Aliud vero est bonis cedere, aliud bona dare in solutum.

De herede inuentarium non conficiente, anne bonis cedere queat æque dubitatur? Affirmat noster Author per textum *in l. vltim. §. 14. Cod. de iure delibe rand. & Nouell. 1. cap. 2. §. 2.* vbi significatur hæredem non conficientem inuentarium, sed sine eo hæreditatem adeuntem teneri creditoribus hæreditariis in solidum quemadmodum ipse defunctus: Ex quo hoc modo infertur: Si hæres conficiens inuentarium tenetur, vt defunctus, creditoribus hæreditariis, sequitur quod etiam bonis cedere possit; si deprehendat hæreditatem soluendo non esse. Atqui verum est prius ex allegatis textibus, verum igitur & posterius. Quæst. 24. *An hæres nõ conficiens inuentariũ bonis cedere queat?*

2. Accedit deinde & ista ratio quod hæres, etsi non confecerit inuentarium, atque inde in solidum teneatur, habeat tamen defuncti beneficia, quia cum sua causa suisque vitiis transit hæreditas. *l. hæres. ff. de regulis iuris. l. hæreditas, ff de verborum obligat.* quod indubitanter procedit in beneficiis, quæ non sunt personæ, sed causæ, quale beneficium est hoc cessionis, vt infra ostendetur. Iam vero certum est quod ipse principalis debitor, si non habuerit vnde creditoribus satisfacere possit, nequeat incar-

VVVu cerari,

cerari, si velit bonis cedere *l. 1. C. qui bon. cedere possunt.* & si bonis cesserit, ac postmodum ad pinguiorem fortunam pervenerit, cōueniri nō possit, nisi in quantum facere potest *l. qui bonis ff. eod.* Hoc igitur etiam heredi beneficium competet, nec ab eo propterea, quod non confecerit inuentarium, excludetur; quia pœna non confecti inuentarii hæc saltem est vt in solidum obligatus sit heres creditoribus: Atqui & illi, qui etiam in solidum creditoribus hereditariis sunt obligati, habent beneficium cessionis: quinimo illis solis hoc competere in propatulo est: Qui enim competentiæ priuilegio gaudent, cessionis auxilio non indigent. Sed & defunctus, cuius personam hæres repræsentat, in solidum obligabatur suis creditoribus & tamen illum habuisse cessionis beneficium, indubitatum est.

Veruntamen Matth. Brunus *in d. tr. de cessione bonorum. quæst. quart. princ. q. 6.* hisce rationibus non obstantibus in contrarium concedit sententiam, statuens, quod heres non conficiens inuentarium, sed, eo non confecto, hereditatem adiens cedere bonis nequeat. Mouetur autem hac potissimum ratione quod in eo, qui inuentarium non conficit, præsumatur dolus & subtractio: item quod præsumatur hereditatem opulentam & quæ soluendo sit, inuenisse *Nouell 1. c. 2. §. si vero non confecerit. l. vltim. Cod. de iure delib.* His autem qui creditores fallunt ac decipiunt, de hereditate quippiam subtrahentes, quo illa non videatur esse soluendo, cessionis beneficium non debet competere.

2. Adducitur præterea in hanc ipsam sententiam & ista ratione quod hæc pœna sit heredis inuentarium non conficientis vt in solidum teneatur creditoribus hereditariis *d. l. vltim. §. 12. 13. & 14. C. de iure deliber.*

Sed non est quod quisquam hisce rationibus moueatur; Cum præsumptio ista qua heres inuentarium non conficiens, præsumi debeat aliquid dolose subtraxisse & opulentam inuenisse, in allegatis textibus plane non sit fundata; Cum præsertim fieri potuerit vt heres nimium confidens hereditati, ex imprudentia illam, tanquam opulentam, adierit; Deinde etsi præsumptio ista foret iuris, tamen contrariam probationem admitteret: Idcirco si heres admittere velit excussionem bonorum, aut aliunde liquido demonstrare possit quod hereditatē minus opulentam ac talem inuenerit, quæ non sit soluendo, audiendus vtique foret; se à præsumpto crimine excusare volens.

Ad secundam Bruni rationem iam est responsum; quod scilicet non sequitur, in solidum obligatus est creditoribus hereditariis; Ergo non habet beneficium cessionis; Cum hoc priuilegium solis illis competat, qui in solidum sunt obligati, non vero tribuatur illis, qui beneficium competentiæ habent.

Illud certum & indubitatum est debitorem ad cessionis auxilium non esse admittendum antequam liquidatum sit debitum vel iudicio, vel extra iudicium. textus est *in l. penultim. ff. de cession. bonor.* quo in loco ita Vlpianus scribit: *Qui cedit bonis antequam debitum agnoscat, condemnetur, vel in ius confiteatur, audiri non debet.* Ratio autem huius consistit in fauore creditoris quia cedere bonis debito non liquidato, maximum posset creditori afferre incommodum, vt qui testes, quos nunc habet, cum bonis cedit, postea fortassis habiturus non esset: Idcirco si debitor, à creditore conuentus diceret, nolo litigare tecum, sed volo cedere bonis, creditor vero, eum debitum nondum esset liquidatum exciperet, dicendo habeo testes, quos possum iam producere, in futurum autem fortasse habere non possum, cum debitum

post-

postquam ad pinguiorem fortunam perueneris, mihi probandum esset. certe audiendus foret creditor nec debitor ad cessionem admittendus nisi probato & liquidato debito, per textum *in l. In lege Aquilia, si deletum ff. ad L. Aquiliam.* vbi creditor auditur volens in præsentia adducere testes, ne in futurum pereant testes & iura creditoris.

Neque obstat huic quod bonorum cessio impedit litis contestationem *l. 3. ff. de cession. bonorum, L. Ex contractu Cod. de bon. authorit. iudic. possid. l. Item si vnus. pr. ff. de recept. qui arbitr.* quibus in locis ostenditur exceptionem cessionis bonorũ ad processum impediendum obiici posse. Non autem id fieri posset si prius debitum foret liquidandum.

Etenim quod in adductis legibus dicitur exceptionem cessionis bonorum non impedire litis contestationem, id secundum *d. l. penult. ff. de cession. bon.* ita intelligendum est, si prius fuerit debitum liquidatum vel extra iudicium debitor illud sit confessus. Brunus *d. q. 2.* & Vdalricus Zasius *ad d. l. penult. ff. de cess. bon.*

Liquidationem autem debiti in proposito fieri tribus modis ait Zasius *d. loco.* Primo si debitor extra iudicium in partis aduersæ præsentia debitum agnoscat. Secundo si in iudicio post litis contestationem debitum confitetur. Denique si liquidum fiat debitum per sententiam iudicis definitiuam. Addi posset & quartus modus, si nempe creditor aut testibus aut instrumentis debitum probet.

Quæ. 25. *An debitor crediteribus non molestatus bonis cedat?* Sed numquid ad cessionem bonorum requiritur vt debitor etiam sit molestatus à suis creditoribus nomine debiti?

Affirmatiuam tenet Brunus *d. tractat. de cess. bon quæst. quart. princip. q. 7.* & duobus potissimum mouetur argumentis.

1. Primum est quod cessionis beneficium sit miserabile, sit flebile, adeoque subsidiarium auxilium, ne quis in carcerem ducatur *l. 1. l. 7. l. 8. Cod. qui bonis cedere possunt.* Atqui cum debitor à suis creditoribus non vrgetur, non molestatur, nec vllum ipsi carceris periculum ab illis imminet, huiusmodi auxilio & adiutorio non indiget, sed nec illud vsurpare potest, vtpote deficiente in illo præcipuo ac principali cessionis fine.

2. Deinde & istam adducit rationem Brunus; quod, si creditoribus debitum non vrgentibus, admitteretur cessio bonorum, perfacile in bonis à debitore quærendis fraus aliqua creditoribus fieri magnumque præiudicium illis creari posset.

Sed his rationibus non obstantibus contrariam sententiam amplectitur Treutlerus noster & statuit, eum quoque, qui à creditoribus non vrgetur ad debiti solutionem, cedere posse bonis.

1. Primo per textum *in l. penult. & vltim. ff. de cess. bonor.* vbi ostenditur quod cessio bonorum fiat non solum in iudicio, sed etiam extra iudicium; vnde rursus colligitur quod debitor etiam non conuentus possit cedere bonis.

2. Idem relucet ex *l. 6. Cod. eod. tit.* vbi dicitur solam possessionem sufficere ad faciendam cessionem bonorum; Igitur licet debitor non molestetur, sed profiteatur, etiam non interpellatus à creditoribus de solutione facienda, bonis cedere poterit.

Sed mihi prior sententia Bruni longe verior esse videtur: Nec ei quicquam refragari arbitror primum nostri Authoris fundamentum. Hoc enim duntaxat probat, quod debitor etiam iudicialiter non conuentus, possit bonis cedere.

Id quod certe non negatur à Bruno, quẽ dissentientẽ allegat Author, sed hoc saltem mouet & disputat Brunus, anne debitor à creditoribus non molest...

nec de solutione interpellatus possit bonis cedere? Et hoc recte negat ob rationes adductas. Aut igitur Author à Bruno non dissentit, aut vero argumentum eius ad rem & propositum non concludit: probare enim debebat debitorem, neque iudicialiter, neque extraiudicialiter interpellatum, posse cedere bonis: sic enim Bruni sententiam refelleret.

Ad posterius argumentum respondeo; Imperatorem *in dict. l. 6.* excludere non interpellationem creditorum, quasi ea cessionem bonorum non necessario procederet; sed ritus solum & solennitates, quas cessioni bonorum non vult adhiberi Imperator; Et hæc responsio satis relucet è verbis textus.

De debitoribus fisci anne gaudeant cessione bonorum? itidem controuertitur: Affirmat noster Author, per text. *in l. 2. C. de exact. tribut.* Sed quanam ratione, aut quo fundamento, plane nō video: Cum ex ea lege 2. satis constet quod debitores fisci non possint, ob pecuniarium debitum in carcerem detrudi; At vero illi, qui propter debitum ciuile non possunt incarcerari, nec vti possunt cessionis beneficio: si quidem solum istum ob finem introductum est cessionis beneficium, ne debitoris obærati incarcerentur *d. l. 1. l. 4. 7. & 8. C. qui bon. ced. possunt.* Nullus igitur dubito, quin post istam *d. l. 2.* constitutionem cessio bonorum in debitoribus fisci locum non habeat.

Lit. D. Cessio porro bonorum fit in omnibus illis bonis quæ alienari possunt: In ea enim quæ alienari prohibentur executio fieri non potest, & insuper cessio bonorum est quædam alienatio hominis, non legis: Vnde necessario sequitur quod prohibita alienatione alicuius rei, cessio quoque ipsius interdicta censeatur. Hinc igitur in cessionem bonorum non venient bona feudalia, Emphyteutica & quæ aut lege familiæ, vel dispositione testatoris extra familiam alienari sunt prohibita: Commoditates tamen eiusmodi rerum & fructus, quia prohibitione ista non obstante alienari possunt, in cessionem bonorum veniunt.

De aduentitio peculio, vtrumne in cessionem bonorum veniat, si contingat filiumfam. bonis cedere, quæritur? Brunus *in d. tract. de cessione bonorum part. quart. princip.* id affirmat indistincta, h. e. siue in peculio aduentitio habeat pater proprietatem, siue non habeat; sequitur Brunum noster Treutlerus.

Mouentur textu *l. 7. C. qui bon. ced.* vbi asseritur, quod filiifam. habētes Castrensia vel alia bona quæ patribus non acquiruntur possint ratione illorum cedere bonis. At vero ista bona, quæ habent præter Castrensia & quasi Castrensia, non possunt esse alia quam bona aduentitia. Deinde quæ in necessariam veniunt alienationem illa possunt cedi creditoribus quoniam cessio bonorum est species quædam necessariæ alienationis, quoniam debitor non nisi summa necessitate adductus, quo carceris molestias effugiat, cedit bonis.

Sed tamen contraria sententia longe verior est: Equidem quod ad bona illa aduentitia, quæ pleno iure ad filium pertinet, nullum potest esse dubium, quin cessione filiifam. contineantur; Cum licite possint à filiofam. quocunq; voluerit modo, alienari *Nouell. 117. c. 1. §. 1.* Sed quod alia sit ratio illorum quæ quoad vsum acquiruntur patri mihi verissimum esse videtur, quicquid etiam in contrarium adferat Brunus. Etenim primo extra dubium & controuersiam positum esse arbitror quod quoad vsumfructum qui ad patrem pertinet, non veniant in cessionem; idque propter textum *in d. l. penult. C. qui bon. cedere possunt.* vbi aperte ostenditur, eas solummodo res, quæ patri per filium nō acquiruntur cedi posse.

Deinde

Deinde quod nec eorundem adventitiorum bonorum proprietas cessione bonorum à filio facta intelligatur contineri, hac ratione probatur quod alias filiisfam. occasio daretur defraudandi prohibitionem legis, contrahendo debita, quorum executio postea fieret in aduentitia bona.

2. Accedit deinde ista quoq; ratio, quod cum filiusfam. viuente patre, siue consensu patris, super aduentitiis bonis contrahendo, non potest efficaciter obligari, vt constat ex *l. fin. §. filius autem Cod. de bon. quæ liber.* sequitur quod nec in bona ista executio vlla, aut bonorum cessio, contemplatione illegitimi illius cōtractus fieri queat.

Nec moueor contrariis Bruni & Authoris nostri fundamentis: Quod enim ad *d. l. penult.* attinet, fateor vtique quod velit bonorum cessionem in aliis etiam, quam castrensibus aut quasi castrensib. bonis, à filiofam. fieri posse. Sed inde non sequitur quod necessario intelligi debeant bona illa aduentitia, quæ quoad vsu mfructum ad patrē pertinerent: Possunt siquidem intelligi de illis quæ plena proprietate ad filiumfam spectant: quæ creditoribus posse cedi à filiofam. indubitati est iuris, & sane, quod obseruandum, loquitur textus *d. l. pen.* expresse de bonis illis, quæ castrensibus & quasi castrensibus, quoad hoc, quod patri acquiri non possunt, sunt similia.

Altera ratio adhuc est infirmior: Nam ponamus cessionem bonorum esse ita, vt dicitur, necessaria alienatio; ponamus etiā quod prohibitione alienationis nō censeatur alienatio necessaria prohibita: Hoc tamen posterius non procedit quotiens prohibitio ista in fauorem tertii, vt in proposito, in fauorem patris est facta: Tunc enim necessaria quoque alienatio prohibitione alienationis comprehendetur. Bartol. *in l. si quis in tantam. num. 12. Cod. vnde vi.* Andr. Alciat. *Respons. 522. num. 3.* Emanuel Mendez de Castro, *in comment. ad l. Cum oportet. C. de bonis quæ lib. n. 87. & 135.*

Sed quatenus & quousque bonorum cessio sit facienda; Anne ita vt cedenti debitori ne ad victum quidem & cultum quidquam relinquatur; anne vero aliquid ad necessariam & honestam sustentationem ipsi relinqui debeat; non est expeditum.

Et primo quod ipsi alimenta & ad quotidianam sustentationem necessaria relinqui debeant videtur verior & benignior esse sententia. Quam & haut obscure comprobat *l. 6. ff. de cessione bonorum.* quo in loco Vlpianus ita scribit. *Qui bonis suis cessit si modicum aliquid post bona sua vendita acquisiuit, iterum bona eius non veneunt. Vnde ergo modum hunc æstimabimus? vtrum ex quantitate eius, quod acquisitum est, an vero ex qua [illegible]? Et putem ex quantitate id æstimandum esse eius, quod quæsiit: Dummodo illud sciamus si quid misericordiæ causa ei fuerit relictum, puta menstruum vel annuum alimentorum nomine, non oportere propter hoc bona eius iterato venundari: Nec enim fraudandus est alimentis quotidianis: Idem & si vsusfructus ipsi sit concessus, vel legatus, ex quo tantum percipitur, quantum ei alimentorum nomine satis est.*

Ecce hic diserte asseritur quod alimenta ei sint relinquenda, qui bonis cessit.

2. Idem quoque confirmari videtur per textum *in Nouell. 135. in præfat.* vbi in fine hæc subiiciuntur verba: Vbi enim locorum iustum est, vt is, qui in vniuersum ex accidenti non supina negligentia res suas amisisse traditus esset denuo p vim ad ignominiosam vitā transponatur & ad quotidiani victus neque (vt licet conicere) amictus corporis inopiam coniiciatur. Vnde itidem perspicue relucere videtur quod necessaria

ad sustentationem & alimenta relinqui oporteat bonis cedenti.

3. Pro eadem sententia adducit etiam noster autor *l.33.pr.& l.vlt. Digest. de reb.auctor.iud.possid.* vnde constat quod in debitores non ita soleat executio fieri vt etiam ad sustentationem quotidianam necessaria ipsis auferantur, sed eis alimenta omnino relinqui soleant: Idem igitur etiam in cessione bonorum, quæ est quædam alienationis species, fieri oportere certum est.

Cæterum pro contraria opinione adducit Brunus *l.7.C.de cess. bonor.*in verb. admodum debiti posse à creditoribus auelli.

2. Deinde si non ad peram vsque & extremum obulum excuterentur obærati debitores, non diceretur cessionis beneficium *flebile adiutorium l.7.*item *miserabile auxilium d.l.8.Cod qui bon. ced. poss.* Et sane, miseria & calamitas istius beneficii in eo solo consistere videtur, quod cedentem omnibus omnino exuit bonis: Vt taceam quod non sit cum competentiæ beneficio coniunctum, sed ab eo penitus excludatur, vt ex sequentibus apparebit dilucidius.

Hisce argumentis nil quicquam aduersatur quod primo loco pro contraria adferebatur sententia, ex *l 6.Digest.de Cess. bonor.* ad illum enim textum bene respondet post Fr. Horom.*Illustr. quæst 26.* Matth.Brunus, eam loqui de rebus post cessionem acquisitis. Id quippe satis superque indicant verba illius textus: ante cessionem non habet priuilegium ne excutiatur vsque ad extremum obulum; At post cessionem legitime factam gaudet beneficio competentiæ, ne videlicet vltra id, quod facere potest conueniatur, vt postea dicetur. Adhæc illud etiam in considerationem venit quod expresse loquatur textus de eo quod debitori, qui bonis cessit, ex quadam misericordia & commiseratione ad alimenta relictum est. Hoc autem, quod debitori miser cordiæ causa datum est, non debet tam misericorditer ipsi eripi.

Ad secundum fundamentum respondeo, illud nostræ potius patrocinari sententiæ: Nam quod allegata *Nouella.135.* loquatur de illis qui onere cessionis subleuatur dubium plane nullum habet. Ita quippe hoc inscriptio nouellæ ipsius constitutionis significat. Et cum hoc expresse caueatur, ne illi, qui infortunii alicuius iniuria bonis sunt lapsi, cogantur bonis cedere, ne videlicet ad ignominiosam vitam transponantur & ad quotidiani victus, amictus corporis inopiam adigatur, consequens est quod hic sit cessionis bonorum effectus vt bona vniuersa cedenti auferantur, sic vt ne quidem ad quotidianam sustentationem quippiam illi relinquatur. Quid alioquin opus fuisset, cessionem bonorum ex ista ratione, *ne debitores bonis cedentes, quotidiano victu & amictu priuentur*, in illis creditores qui fortunæ iniuria ad inopiam sunt redacti, tollere.

Atque ita nequaquam hæc est Iustiniani sententia, quod cessio bonorum debitorem omnimodo bonis exuere non debeat, vt vel ex hac ipsa causa cessionem bonorum in illis, qui sine culpa sua bonis sunt lapsi, sublatam voluerit.

Ad tertium & postremum argumentum respondetur in textu *d.l.33.& l. vlt.* sermonem esse de pupillis, quorum singulari fauore hoc sit receptum vt, facta in ipsos executione, non omnimodo bonis priuentur, sed illis ad sustentationem necessaria relinquantur: In aliis vero secus sese rem habere tum exploratum est iuris, tum etiam id diserte isti textus in specie ac nominatim de pupillis concepti ostendunt.

Vtrum

Vtrum porro Cessionis beneficium, quo locum habere possit, opus habeat litis contestatione, non sine ratione quæritur? Matthæus Brunus litis contestationem desiderat, sed sine vllo fundamento.

Quin potius ipsi aperte aduersatur textus *in l. penult. & vlt. Digest. de cession. bonor.* vbi asseritur quod tam extra quam intra iudicium bonorum cessio fieri possit. Iam vero si litis contestationem desideraret bonorum cessio non nisi in iudicio fieri posset.

Quocirca Matthæum Brunum valde lapsum fuisse in eo, quod sine litis contestatione cessionem fieri negauit, omnino concedendum est.

Accedit etiam textus apertus *in c. fin. extr. de offic. iudic.* vbi regula proponitur quod iudicis officium quotiens pro actione non proponitur sine litis contestatione expediri queat. Quocirca cum cessio bonorum einsmodi sit actus, qui pro actione non proponatur, litis contestatio ad eam minime erit necessaria.

Cæterum Brunus suam opinionem hoc argumento ex *eod. cap. final.* petito confirmat, quod vbicunque iudicis officium principaliter contra certam personam imploratur & plenaria causæ cognitio requiritur, ibi libellus dari & litis contestatio fieri debet: Si vero incidenter imploretur litis contestatio non requiratur: In causa vero cessionis bonorum iudicis officium non incidenter, sed principaliter imploretur, & plenaria causæ cognitio tam super debito nondum cognito, nec liquidato, quam etiam super paupertate probanda & creditorum electione in admittendo debitore ad cessionem bonorum vel ad quinquennalem dilationem.

Sunt qui respondeant ad hoc argumentum, in causa cessionis bonorum principaliter quidem iudicis officium implorari, verum quia sit miserabilis causa *l. 7. & 8. Cod. qui bon. ced. poss.* ideo nec litis contestationem, nec plenam cognitionem requiri, sed cognitionem causæ summariam sufficere per textus *in Authent. nisi breuiores. Cod. de sent. ex peric. recit and.*

Sed rectius mihi responderi hoc modo videtur. Etsi regulariter desideretur litis contestatio, quando necessaria est causæ cognitio & iudicis officium principaliter imploratur, id tamen in cessione bonorum fallere & exceptionem pati: Cum expresse definitum sit *in l. penult. & vlt. Digest. de cessione bonorum.* bonorum cessionem non solum in iure, sed etiam extra ius & iudicium fieri posse: At quæ extra iudicium fieri possunt, ea non desiderant litis contestationem; vt quæ non, nisi in iudicio, fieri possit.

An vero huic beneficio cessionis renunciari possit? Difficilis sane est controuersiæ: Pro Negatiua enim pugnant haut ignobiles ICti D. dac. Couarruuias *lib. 2. variar. resolut. c. 1.* Vdalricus Zasius ad *l. qui cedit. num. 7. Brunus q. 20.* Quæ. 26. *An cessionis beneficio possit renunciari?*

Fundamenta vero illorum præcipuè hæc sunt.

1. Nemo inquiunt, potest se ad carceres propter debitum pecuniarium obligare; quia carcer species quędam est seruitutis, nec liber homo corporis ac membrorum suorum est dominus *l. liber homo. Digest. ad L. Aquil.* Iam vero renuncians beneficio cessionis intelligitur sese ad carceres obligare, cum beneficium istud liberet debitores à carceris molestia, prout textus est *in d. l. 1. ff. de cess. bonor.*

2. Ad hæc renunciatio & pactio super iure futuro non valet *l. is, qui heres Digest. de acquir heredit. l. si ita scriptum §. 1. Digest. de legat. 2. l. 1. Cod. de pact.*

Iam vero ista renuntiatio

esset

esset de Iure futuro, quoniam Ius cedendi bonis, non competit, nisi facta condemnatione vel debito in iudicio agnito. *l. pen. ff. de cess. bon.*

3. Insuper pactum quod est contra bonos mores non valet. *l. 7. §. 7. ff. de pact.* Atqui hoc pactum, quo renunciatur cessionis beneficio, est contra bonos mores, quoniam est contra naturalem æquitatem, vt quod humanitati repugnet; si quidem singulari humanitate & benignitate ex commiseratione & misericordia erga obæratos debitores est introducta bonorum cessio *l. 7. & l. 8. C. qui bon. ced. possunt.*

4. Quia liberi hominis caro & corium contra in commercium inclusionis carcerum ad petitionem & voluntatem creditoris per indirectum deduci videtur contra *legem inter stipulantem. §. sacram. ff. de verbor. obligat.*

Sed contrariam sententiam confirmat textus *in l. penult. Cod de pact.* vbi dicitur quemuis beneficio & fauori suo posse renunciare; Iam vero certum est, cessionem bonorum esse solius debitoris beneficium. Huic ergo renunciare poterit.

Non obstat primum argumentum: Nam falsissimum est, vt nunc demonstrabitur, quod non possit se debitor ad carcerem obligare. Deinde etsi non posset directo sese obligare ad carceres, per indirectum tamen & obliquum id facere non prohiberetur: Cum multa, quæ non possunt fieri directo, in consequentiam fieri non prohibeantur. *l. 27. §. 3. ff. de pact.* Iam vero, in proposito, is, qui renunciat beneficio cessionis, non hoc agit directo ac principaliter, quo in carcerem ducatur, sed solum in consequentiam, itemque in euentum, si videlicet non soluerit, nec soluendo fuerit.

Minus obstat secunda ratio: Quod enim iuri futuro renunciare liceat, dubium penitus nullum habere puto: Quis enim dubitaret quin res nondum existentes, sed extituræ tamen, in conuentiones & contractus deduci possint? Nec refragantur quicquam *d. l. Is qui heres. ff. de acquir. heredit. & l. si ita scriptum §. 1. ff. de legat. 2.* loquuntur quippe de legato sub conditione vel die relicto: hoc antequã conditio extiterit, aut dies venerit, non potest repudiari quoniam interim nobis cum effectu non debetur. At secus se res habet cum re futura pure promissa. Deinde falsum est quod ius cedendi bonis non competat nisi facta condẽnatione vel debito in iudicio agnito: Aliud quippe est cessio ipsa, aliud ius cedendi. Ius cedendi habet debitor ab initio statim cum soluendo esse desiit: Cessio autem tunc demum fieri permittitur, quando liquidum est debitum. Ius cedendi habet obæratus debitor, ab initio vt dixi, sed ita vt liquidetur debitum.

Ad Tertium respondetur illud quod directo contra bonos mores est non posse deduci in pactum, non vero quod duntaxat secundario bonis moribus aduersatur per textum *in d. l. 27. §. 1. ff. de pact.* Secundo pactum cessioni bonorum renunciatorium nequaquam contrariatur humanitati & misericordiæ: Quandoquidem bonorum cessio non aliter est ex benignitate & humanitate debitoribus cõcessa, quã si ea vti voluerit: Nemo inuitus cogitur alterius benignitate & humanitate vti, sed cũ licite contemnere potest: inuito quippe beneficium non datur, vt habet regula iuris canonici.

Vt nunc taceam quod hodie post *Nouell. 135. c. 1.* cessio non amplius locum habeat in illis, qui inuidia fortunæ ad inopiam sunt redacti & propterea commiseratione indigent, sed quia sua culpa soluendo esse desierunt, ac proinde non commiseratione, sed odio potius sunt digni.

Ad postremum responsio patet ex prædictis

Prædictis; vt etiam ex illis, quæ dicentur infra in resolutione proxime sequentis quæstionis.

Et cum hæc quæstio, anne licitum sit cessionis beneficio renunciare? Ex illa vtrum quis possit sese ad carceres obligare dependere videatur, idcirco eam prolixius tractare non erit à proposito nostro alienum.

Pro Affirmatiua sententia nulli stant nobilissimi Interpretes, & inter illos inprimis Vdalricus Zasius *lib. 2. singul. resp. cap. 8.* Andreas Clud. *de sequestrat. cap. 1. num. 106.* Francus *de fideiussoribus cap. 3. num. 204.* Coler. *in processٖ. execut. princ. cap. 6. num. 44. & sequentibus.* Wesenbecius *in paratitl. de fideiuss. num. 4.* Mynsingerus *cent. 6. obseruat. 51.* Nituntur vero hisce sequentibus fundamentis.

1. Omne, inquiunt, factum licitum & honestum in stipulationem deduci & stipulatione promitti potest, *l. 72. ff. de verbor. obligat.*

Atqui factum licitum est & honestum, aliquem pro debito per magistratum carcerari, *l. nemo carcerem. Cod. de exact.* vbi si debitor per contumaciam non soluat, est coniiciendus in carcerem publicum, & subinde eius bona distrahenda; proinde ad hoc factum se quis stipulatione obligare potest.

2. In *cap. ex rescripto de iureiur.* dicitur obsides dari posse pro debito pecuniario & valere pactum, vt si creditori satis factum non fuerit, tum in obstagio esset debitor vel ipsius fideiussor, hoc est, in loco conuento sese sisteret, nec recederet, donec promissa adimpleat.

Atqui obstagium est species carceris. *l. succurritur. §. fin. & l. nec non §. item si quis. Digest. eod. tit.* Igitur conuentio, qua se liber homo ad carcerem obligat, valere debet.

3 Accedit quod *in l. 3. §. 5. Digest. de homine libero exhibendo.* Vlpianus scribit, si quis volentem retineat, non videri dolo malo retinere: Atqui ex conuentione debitorum in carcerem, per magistratum, detrudi, donec soluat, detinet volentem, cum semel in hoc consenserit, nec attendatur, etsi nunc dissentiat arg. *l. sicut. Cod. de oblig. & act.* Ergo, qui in carcerem debitorem, vel ipsius fideiussorem coniicit, cum ad hoc prius sese conuentione obligarit, dolo non facit, sed iure suo vtitur.

4. In *l. Titius seruum. 9. Digest. de seruis export. l. si quis sub hoc pacto. de contrah. empt.* sancitur, quod accedente pacto de manus iniectione, regulariter permissa sit detentio.

Et quanquam Bartolus ad hoc respondeat, allegatos textus loqui de seruis, qui cum dicantur esse in nostris bonis, *§. 11. Inst. de rer. diuis. §. ius autem gent. Inst. de nat. gent. & ciuil.* idcirco de illis facilius huiusmodi valeat conuentio: At non agere quicquam textus adductos de hominibus liberis, qui hominum commercio non insunt *§ fin. Inst. de contrah. empt.*

Veruntamen hanc distinctionem Bartoli ad propositum non facere, inde liquet, quod nihil videatur esse diuersitatis, quare manus iniectio ex pacto non ita debeat concedi contra debitorem, quam prout datur aduersus alienum seruum, cum, in proposito seruus venditus & traditus emptori, tam quoad dominium, quam etiam quoad possessionem in nostra potestate esse desierit, *l. traditionib. 20. Cod. de pact. & §. per traditionem Instit. de rer. diuis.*

5. Accedit, quod vtile sit legatum vxori relictum, vt stet cum hæredibus testatoris in certo loco, *l. qui quatuor. 30. §.*

30. §. vxori mea, si cum filio meo Capua erit, heres ducat.ta dato.de legat.3.

Atqui bonum & validum est argumentum, ab vltimis voluntatibus ad contractus. *l. quidam testamento.99. de legat. 1. cum similibus.* Igitur pactum carceris, qui nihil aliud est, nisi detentio, ad certum aliquem & determinatum locum, non erit improbatum.

Nec ad rem facit, quod in §. *vxori.* legatum fuerit conditionale & sic steterit in arbitrio legatarii, quandiu vellet in loco destinato morari, & acceptare legatum, quod non videatur in proposito, vbi debitor præcisa & pure se obligat ad detentionem in casu moræ: Nam & hæc promissio de stando in carcere, donec soluerit, in effectu mere est conditionalis, & committitur liberæ voluntati rei, quando velit se liberare per solutionem eius, quod debetur, à nexibus carceris.

6. Præterea vtile est pactum, quo debitor obligat se creditori, ad faciendas operas, etiam perpetuas, vt tradit Salicet. *in l. antiquitas. 14. n. 14. C. de vsusfr.*

Quod si itaque licet aliquem detinere ad operas ex pacto, nihil vetat eidem certum locum, ratione conuentionis deputare pro carcere, ex quo non liceat recedere debitori, donec promissis steterit.

7. Mouet insuper, quod pactum valeat obstagii, quod nihil aliud est, quam priuatus quidem carcer, ex quo non licet mouere pedem obsidi de loco, pro obstagio destinato, donec satisfaciat creditori, *t. ex rescripto. extr. de iur.*

Qui pro contraria sententia pugnant, atque conuentionem, vt in casu non factæ solutionis ad terminum, liceat reum capere & carcerare, non subsistere contendunt, sic vt post moram ad creditoris instantiam debitor sine omni alio processu, vel ordine iudiciali per familiam iudicis capi & tandiu in carcere publico detineri valeat, donec satisfaciat, hisce vtuntur argumentis.

1. Primo aiunt, liber homo non est membrorum suorum dominus *l. liber homo. Digest. ad L. Aquil.* Igitur se quoque ad carcerem, quo corpus affligeretur, obligare non potest.

2. Deinde expediti & certi est iuris, quod homo liber, seruus alterius fieri & proinde capi & pignori obligari nequeat, *l. qui filios. 6. Cod. quæ res pign. oblig non poss.* Proinde conuentio ista, qua se debitor ad hoc obligat, vt si certa die non soluerit debitum, in carcerem coniiciatur, inualida & inutilis erit.

3. Sic & in *l. ob æs. 8. Cod. de obligat. & act.* Dioclet. & Maxim. scribunt: *ob æs alienum seruire liberos creditoribus, iura compelli non pati.* At species seruitutis est, vt mox dicetur, in carcere ob debitum hominem liberum detineri.

4. Mouentur porro *leg. 2. Cod. de exactor. trib.* in qua ita Constantinus sancit: *Nemo carcerem plumbatarumque verbera, aut pondera aliaque ab insolentia iudicum reperta supplicia, in debitorum solutionibus, vel à peruersis, vel ab iratis iudicibus expauescat, &c.* Cauet scilicet hic expresse Constantinus, ne ob debitum vllum, quisquam debitorum incarcerari debeat: Sequitur proinde, quod etsi debitor ad carcerem sese obliget, non tamen ex conuentione, ob solutionem in termino

non-

non factam in carcerem coniici valeat.

5. Atque huc etiam spectare putant, quod Vlpianus scribit *in l. 1. Digest. de homine libero exhibend.* liberos homines à quoquam detineri non oportere; idque edicto prætoris esse cautum: Quodque subiicit *in l. seq.* 2. Venuleius: Non multum à specie seruientium differre, quibus facultas non datur recedendi.

6. Eodemque pertinere videtur, quod *in l. 22. Digest. quod met. caus.* Paulus scribit: *Qui in carcerem quem detrusit, vt aliquid ei extorqueretur, quicquid ob hanc causam factum est, nullius momenti esse.*

7. In *L. 71. §. 2. Digest. de condit. & demon.* Papinianus scribit: *Titio centum ita relicta sunt, vt à monumento meo non recedat, vel vt in illa ciuitate domicilium habeat, potest dici non esse locum cautionis, per quam ius libertatis infringitur.*

8. In *l. nec si volens. 6. Cod. de liberal. caus.* Impp. *nec si volens scripsisses seruum te esse, non liberum, praeiudicium iuri tuo aliquod comparasses, quando nunc magis, cum eam scripturam dare compulsum te esse testaris*, vnde colligitur, quod liber homo, ne quidem volens, se ad seruitutem adstringere possit, & consequenter nec ad carcerem, qui speciem seruitutis habet.

9. Denique pro hac sententia facere videtur, quod absurdum esset propter debitum pecuniarium aliquem in carcerem coniici, cuius maxima sunt incommoda, velut squalor, fætor, tenebræ, solitudo & id genus alia.

10. Postremo quod alicui non prodest, alteri vero obest, id iure permissum non censetur: Atqui in carcere detineri debitorem obest ipsi debitori, nec prodest creditori, cum reus in carcere detentus, nequeat ita cogitare de remediis soluendi, sicut faceret & facere posset extra carcerem.

Ego in hac interpretum dissensione sic statuendum censeo, debitorem principalem sese obstringere posse ad carceres, si statuto die non soluerit, pro eoque etiam fideiussorem consimiliter ad carcerem se obligare posse: At cum debitor principalis se ad carceres non obligauit, fideiussorem ita sese obligare non posse, vt si principalis non soluerit, ipse fideiussor satis sit aut in carcerem iturus, quia hac ratione fideiussor in duriorem causam obligaretur, quod fieri non posse mox ostendetur.

Illorum vero argumenta, qui indistincte & simpliciter negant, debitorem se obligare posse, vt die statuta solutione non facta, in carcerem eat, ita dissoluuntur.

Ad primum respondetur: Id quod dicitur, neminem esse dominum membrorum suorum *leg. liber homo. 37. Digest. ad L. Aquil.* hoc accipiendum esse de extinctione vel amputatione membrorum, ad quam extendi non valet pactum: At diuersum obtinet in pacto carceris, de quo hoc loco agitur, quia carcer non est afflictiuus & extinctiuus membrorum, sed arctat debitorem absque omni periculo corporis adhærendum in certo loco, donec soluat.

Quin & si hoc argumentum quicquam concluderet, euinceret quoque, quod nemo obses dari, vel ad hoc obligari ad obstagium posset, quod tamen secus esse praxis quotidiana satis edocet.

Ad secundum respondeo, non valere conuentionem, vt homo liber alteri

seruiat, vel pignori capiatur; verum in in proposito non effici, siquidem hac conuentione, vt debitor certa die soluat, aut non soluens in carcerem eat, non efficitur debitor creditoris seruus, nec hoc agitur, vt creditori seruiat, aut pignori capi queat, sed solum vt soluat, & ad soluendum arctius coarctetur. Nec concedendum est, carcerem de quo loquimur, in seruilem statum debitorem constituere, & speciem seruitutis esse in carcere detineri: Nam id nullibi in iure fundatum reperitur; & exinde refellitur, quod incarceratus testis esse possit, testamentum facere queat omniaq; quæ ciui Romano liberoque homini permittuntur, facere queat. Aliud fortassis de perpetuo carcere dicendum, de quo mox. Præterea attendendum etiam est, quod in proposito debitor non simpliciter se ad carcerem obliget, sed ita, si non soluerit, proinde solutione ad diem facta, carceris custodiam facile euitabit.

Ad *tertium* eadem est solutio.

Ad *quartum* resp. *in d. l. nemo carcerem. 7. Cod. de exact. trib.* debitorem non promisisse subire carcerem in euentum nō factæ solutionis: At in proposito conuenisse de hærendo in carcere, donec promissis satisfiat, qualis prouisio hominis tollit prouisionem legis, *l. fin. C. de pact. conuent.*

Ad *quintum* idem quoque responderi debet: nam nec *in d. l. 1. & 2. Digest. de hom. lib. exhibend.* de carcere quicquam conueniat: Quod si conuenerit de eundo in carcerem, si non facta fuerit solutio, est quod debitor sibi imputet, quod ex sua propria voluntate & conuentione in carcere detinetur, *l. 3. §. si quis voluntatem. eod. tit.* vbi expresse dicitur, *voluntatem retineri posse*, sic & vtile est legatum, vt vxor ster cum heredibus testatoris in certo loco *l. 30. § vxori. ff. de leg. 3.*

Non obstat *textum ex l. 22. Digest. quod met. caus.* deductum, loquitur enim de eo, qui propria authoritate, & nulla præcedente ea de re conuentione, in carcerem aliquem detrusit, vt quippiam faceret: At nos de eo loquimur, qui cum se ad carcerem obligasset, authoritate magistratus, eius ope, per ministros publicos in carcerem conicitur.

Non aduersatur etiam *d. l. 71. §. Titio centum. de condit. & demonstr.* ibi enim hoc actum erat, vt Titius perpetuo & pure ac præcise maneret adstrictus ad commorandum in loco monumenti, vel ad habendum domicilium in illa ciuitate & non alibi; ideoque commode deciditur ibidem, quod talis appositio conditionis seu modi non valeat, quia infringat ius libertatis: Secus se res habet in terminis nostræ quæstionis, vbi qui obligauit se ad carcerem, non tenetur ad hoc, vel perpetuo vel etiam præcise, sed liberatur quandocunque soluendo pecuniam, vel interesse per superius adducta.

Non repugnat quoque, quod liber homo ne quidem volens, se ad seruitutem adstringere possit, *d. l. nec si volens 6. Cod. de lib. caus.* siquidem pactum carceris nullam imponit seruitutem, & si qua est seruitus, non est illiberalis, aut quæ mortalitati comparari possit, puta qua quis efficiatur perpetuum mancipium eius, cui soluit, *§. in potestate. Inst. de his qui sunt sui.* sed seruitus liberalis, vbi quis bona fide seruit *arg. l. 11. ibi siue bona fide seruiat homo liber. Digest. ex quib. caus. maior.* & de non perpetua sed ad tempus & tandiu durabili, donec soluerit, quod debet carceratus.

Nihil etiam aduersus superiorem nostram sententiam faciunt carceris incommoda, vtputa fætor, squalor, tenebræ, solitudo & alia superius relata, quia hæc obtinent in carcere noxiorum subterraneo, in quo custodiuntur pœnę destinati propter admissum flagitium *d. l.*

2. vers.

2.*vers.carcer.pœnal um. C. de exactor. tribut. lib.*10. Non vero locum sibi vindicant in carcere debitorum vel obedientiarum, qui assignatur reis in causis pecuniariis, & plerumque habetur in locis editioribus super portis ciuitatum, aut in curia; ita vt nec adimatur carcerato lumen cœli & Solis.

Nec aduersatur *postremum*, quod pactum istud non tam noceat debitori, quam ipsi creditori: Nam id omnino negandum puto, quoniam qui hæret in carcere, magis erit sollicitus de satisfactione ad hoc, vt reuertatur ad pristinam libertatem, in qua si esset, forsan per fugam subtraheret sui conueniendi copiam creditori. Id quod confirmat quod regulariter quiuis creditor intelligatur ac præsumatur deducere in stipulationem, quod ipsi maxime prodest, quodque confert ad citius recipiẽdum suum.

Quæst. 27 *An beneficium quinquennalis dilationis & cessionis bonorum prosit fideiussori.*

Præter cessionis beneficium competit etiam debitoribus beneficium quinquennalis dilationis, quo hoc tribuitur debitoribus vt intra quinquennium nõ possint à creditoribus molestari super debito; Ita tamen vt in electione sit creditorum vtrum velint suo debitori indulgere. *l. fin. C. qui bonis cedere possunt.*

Sed illud quæritur anne beneficium cessionis bonorum vt & quinquennalium induciarum, principali debitori competens, prosit etiam fideiussoribus?

Pro affirmatiua sententia faciunt omnes illi textus in quibus dicitur, quod exceptiones & replicationes debitori principali competentes, prosint etiam fideiussori §. *fin. in pr. I. de Replicat. l. 11. C. de except.* proinde vi istius regulæ dicendum erit, quod si bonis cesserit debitor aut quinquennales inducias à creditore impetrauerit interim fideiussores non possint conueniri nec molestari, sed habeant exceptionem qua se tueantur.

2. Idem quoque probari videtur *l. 3. ff. de constit. princip.* vbi dicitur, beneficia principum quam plenissimam recipere interpretationem. Cum igitur cessio bonorum & induciæ quinquennales sint beneficia principum: non debent restringi & ad solos principales debitores coarctari, pro contraria negatiua sententia hæc videntur facere argumenta.

1. Exceptio, personæ debitoris cohærens, non prodest fideiussori. *l. Exceptiones quæ personæ. Digest. de except. l. priuilegia l. in omnibus. Digest. de Reg. Iur.* Atqui exceptio cessionis bonorum est personalis & debitoris personæ cohæret, vt cui facultas cedendi bonis & quinquennales induciæ indulgeantur.

2. Præterea sicut personale beneficium maxime de non petendo intra certum tempus, ad heredem non transmittitur *l. Non solum. §. tale ff. de liberat. legat.* Ita etiam ad fideiussorem non extenditur: Cum fideiussor & hæres, quantum ad vires principalis beneficii extendendas æquiparetur, per textum *in l. & si fideiussor. ff. de re iudicat.*

3. Insuper notissimi iuris est, quod id, quod ob gratiam à principe indulgetur non sit ad consequentias extendendum. §. *sed & quod principi. Inst. de iure Nat. Gent. & Ciuil. l. quod vero. ff. de legib. l. quod contra. ff de reg. iur.*

4. Denique huc vel imprimis facere videtur §. *final. Institut. de Replicat.* vbi hæc in verba scribitur: *Sane quædam exceptiones non solent his accommodari: Ecce enim debitor, si bonis suis cesserit, & cum eo creditor experietur, defenditur per exceptionem si bonis cesserit. Sed hæc exceptio fideiussoribus non datur: Ideo scilicet, qui alios pro debitore obligat, hoc maxime prospicit, vt cum facultatibus lapsus fuerit debitor, possit ab iis, quos pro eo obligauit, suum consequi.*

Et hanc etiam opinionem amplectuntur Matth. Brunus *de cessione bonor. quæst. 8. princip.* Bernard Muscatell. *in practic. fideiussor part. 2. quæst. 8. num. 21.* Franc.

Hotom. Hubert. Giphanius. Petr. Heig. ad §. *fin. Instit. de Replicat.* Colerus *in proceß. execut. part. 1. cap. 6. num. 113.* Anton. Hering. *de fideiuß. cap. 27. part. 4. num. 99. & seqq.*

Eamque & ego haut inuitus amplector. Non quidem propterea quod cessio bonorum sit exceptio personalis, seu beneficium personale: Hoc enim falsissimum esse arbitror, cum cessio bonorum non tribuatur certæ alicui personæ; vel personæ ratione certæ alicuius qualitatis, sed potius tribuatur causæ inopiæ videlicet debitoris.

Sed potius ob eam rationem, quam Iustinianus indigitat *in d. §. final.* quod nempe is, qui fideiussorem accipit hoc maxime prospicit, vt facultatibus lapso debitore, à fideiussore suum seruet, Ideoque prouisio creditoris hanc exceptionem potius impedit, quam quod illa persona coherere censeatur Hering. *d. loco.*

Et cum in promptu sit textus adeo perspicuus & expressus, non arbitror rationem esse quare præsens hæc quæstio diserte ab Imperatore decisa, amplius disputari & in controuersiam reuocari debeat.

Nec obstat prior contrariæ opinionis ratio, quia regulam illam, quod exceptiones & defensiones reales, quæ debitori competierunt, prosint fideiussori; facile largimur & haut inuiti admittimus; sed in proposito fallere & exceptionem pati statuimus. Exceptio & exceptionis ratio *in d. §. final. I. de Replicat.* disertis verbis sunt expressa.

Altera ratio multo adhuc leuior est: Nam beneficia principum plenissimam recipiunt interpretationem & extensionem in ea persona cui sunt concessa: *d. l. 3. ff. de constit. princip.* Personam vero non egrediuntur *d. §. sed & quod principi. I. de Iure Nat. Gent. l. quod vero ff. de legib. l. quod contra ff. de Reg. Iur.* Insuper nunquam fit iuris extensio contra expressam principis prohibitionem *d. §. sed & quod principi, in verb. quoniam non hoc princeps vult.* In proposito autem expresse prohibet Iustinianus exceptionem cessionis ad fideiussores extendi.

Illud porro æquum est, eum, qui impetrauit quinquennalem dilationem, vel à creditoribus, vel à principe per moratorium rescriptum teneri creditoribus suis datis idoneis fideiussoribus, de solutione post quinquennium elapsum facienda cauere; Id quod Andr. Gail. *2 obs. 46 num. 14.* confirmat textu *l. vniuersa. Codic. de precib. imperat. offerend.* vbi Imper. Gratian. & Valent. hoc modo rescribunt: *Vniuersa rescripta, quæ in debitorum causis super præstandis dilationibus promulgantur, non aliter valeant, nisi fideiussio idonea super debiti solutionem præstetur.*

Sed quidnam dicendum de vsuris, anne interim, dum induciæ istæ durant, currunt?

Affirmat Carolus Molineus *in tract. de vsur. num. 624.* Daniel Mollerus. *lib. 4. Semestr. c. 7.* Ratio est quod præfata quinquennalis dilatio miserationis gratia concedatur, & ideo strictior esse debeat, nec extendi ad remissionem accessionis fructuum, qui etiam ex solo irregulari mora veniebant, quia in rei persecutione consistunt & locupletaretur debitor cum iactura aliena, quod foret iniquum & naturali æquitati contrarium.

2. Quia rescripta moratoria non indulgentur vt debitor lucretur, sed ne tantisper damno afficiatur.

3. Quia rescriptum moratorium inuito creditore in præiudicium creditoris indulgetur vnde strictissimam interpretationem recipit; & sic satis est quod simplices inducias compulsionis seu exactionis operatur, ad quas solum ten-

tendere videretur: Non enim tendit ad diminuendum ius obligationis, sed ad differendum actum executionis.

4. Quia quando ab initio exigitur ante tempus, interesurium medii temporis deducitur *l. si constante. § quoties. ff. solut. matrimon. l. 1. Cod. de condict. ex. L.* Igitur si, creditore inuito, differtur solutio, debet refundi medii temporis interesurium & sic multo fortius aliæ accessiones fauorabiliores.

5. Quia si iam esset damnum commissum & acquisita obligatio temporis rescripti præsentati, certum est quod non tolleretur, sed tantum differretur; Atqui tempore præsentationis iam imminebat & gliscebat damnum potentia propinqua existens, mox in actum exiens, vnde habetur pro facto *arg. l. penult. ff. de testam. milit.*

Equidem Daniel Mollerus eo in casu, quo ab Imperatore vel principe dilatio quinquennalis impetrata est, durum valde & inhumanum iudicat vsuras eius temporis à debitoribus exigi: Cum eiusmodi induciæ non decoctoribus, sed illis solum concedi soleant, qui absque sua culpa vel naufragio vel incendio, aut bello, aut alio quocunque casu aduerso eo redacti sunt, vt post elapsum tempus dilationis vix sortes creditoribus soluere possint: Spoliatum autem suis bonis insolidum condemnari ipse Imperator inhumanum esse dicat. *§ fin. I. de act.*

Et sane quod cessio bonorum vt & moratoria rescripta hodie illis solum qui fortunæ iniuria ad inopiam redacti soluendo esse desierunt, concedi debeant aperte sancitum est in verbesserter Policey Ordnungen de anno 177. cap. 23. cuius verba ita habent:

Als auch vielmahls durch die Handthierer vnnd Gewerbsleuth gefährlicher vnnd betrieglicher Weiß/im Schein Trawen vnnd Glaubens/ Gelt vnnd Wahr bey andern Leuthen auffgebracht / entlehnet vnd genommen worden / fürther ihr Gewerb vnnd Handlungen damit zu vben vnd zutreiben / welche zu Zeiten mit ihrem vbermässigen Pracht / vnordentlichem Wesen / leben vnd sonst in andere Wege (ohn daß jhnen an ihrem Leib vnd Gütern einige Schäden / Gefängnuß/Abschatzung/oder andere verderbliche Vnfälle zugestanden) in Abnemmen vnnd Verderbung kommen / darnach außstehen / außtretten / sich in andere Herrschafften begeben / vnnd von denselben wider ihrer Oberkeit vnnd der Kläger/ so jhnen Gelt oder Wahr geliehen vnnd zugestellt haben / willen auffgenommen/ vergleydet / geherberget vnnd fürgeschoben werden / dieweil solche betriegliche vnd schädliche Handlungen / die sich einem Diebstal wol vergleichen / dem gemeinen Nutz zu Nachtheil gereichen.

So setzen / ordnen vnd wöllen wir/ daß solche Handthierer vnd Gewerbsleuth / so sie fürsetzlicher oder betrieglicher Weise / vnnd nicht auß kundlichem zugestandenem Vnfall außstehen/ Banckenrott machen / vnd außtrinnig werden/hinführo von keiner Herrschafft oder Oberkeit auffgenommen / noch ohn Willen der Gläubiger vergleydet oder gedultet / sondern wo die betretten / zu Hafften angenommen / den Klägern zu Recht gehalten / vnnd nach gestalt der Sachen gestrafft / auch so sie wider zu Häußlichen Wohnungen kommen/ alsdann zu keinen Emptern oder Dignitēten gezogen werden sollen: Weren sie aber auß kundlichen vñ vnvorsehenlichẽ zugestandenen Vnfällen oder Schäden in verderben vnd außstande komen/alsdann mögen sie auffgenommen / vnnd ver-

vergleidet / mitleiden mit jhnen gehabt / vnd dem gemeinen Rechten nach / gegen jhnen gehandelt werden.

Aber in allwege sollen die Stände vnnd Obrigkeiten / in deren Gebiet die verdorbene Banckerottierende Kauffleut gewichen sind / vnd sich auffhalten / schuldig seyn / alles Geld / Kleinoder / Schuldbücher / vnd andere Brieff vnd Güter / so sie mit sich hinweg genommen von jhnen zu erfordern / vnnd gemeinen Glaubigern zu gutem gerichtlich hinderlegen / vnd verwahren zulassen.

Wann auch solche verdorbene Kauffleut zu Zeiten bey den Römischen Keysern vnnd Königen Moratoria oder Quinquenal außbringen / vnd erlangen / vnnd noch mitler Zeit / oder auch nach Außgang derselben jhre Creditores vnd Glaubiger nicht bezahlen / oder sich mit jhnen setzen vnd vertragen: So meinen wir hiemit ernstlich / vnd wöllen / daß jhnen solche Moratoria oder Quinquenal hinfüro nicht mehr gegeben werden sollen / Wir / oder vnsere Nachkommen / Römische Keys. oder König seyen dann von der Obrigkeit / darunder solche verdorbene oder außgestandene Kauffleut gesessen / zuvor eigentlich bericht vnd vergewissigt / oder daß dieselbige Kauffleut glaubliche Vrkund oder Schein fürbringen / daß sie auß vnuersehenen zugestandenen Vnfällen / jrer Leib oder Güter verderben vnnd außgestanden sind / daß in solchen Fällen / darin die Moratoria oder Quinquenal stad haben: Wo aber die anderer gestalt / vnnd mit verschwiegener Warheit außbracht oder erlangt werden / als dann sollen sie krafftloß vnd vnfürträglich seyn / vnnd darfür gehalten werden.

t.Li F. Ipsi porro creditores bona cedentis debitoris non possunt inter se diuidere, sed ea distrahere coguntur, sic vt ex precio inde redacto ipsis satisfiat. textus aptus est *in l. 4. C qui bonis cedere possunt*: vbi ita rescribitur: *Non tamen creditoribus sua auctoritate diuidere hæc bona & iure dominii detinere, sed venditionis remedio, quatenus substantia patitur, indemnitati sua consulere permissum est. Cum itaque contra iuris rationem res iure dominii teneas, eius qui bonis cessit, te creditorem dicens longi temporis præscriptione petitorem submoueri non posse manifestum est.*

Cessione igitur facta, sequitur bonorum distractio: ita tamen vt integrum sit cedenti ante venditionem pœnitere & defensionem sui suscipere: Ita Vlpianus *in l. 3. ff. de cess. bonorum*: *Is, qui bonis cessit, ante rerum venditionem vtique bonis suis non caret. quare si paratus sit se defendere bona eius non veneunt.* Et *in l. 5. eod. Quem pœnitet bonis cessisse, potest defendendo se, consequi, ne bona eius veneant.* Ex hoc infert Zasius cessionem bonorum neque contractum esse, neque pro eo habendum, ac si bona pro de relicto essent habita: Quoniã qui contrahit, pœnitere non potest *l. sicut Cod. de obligat. & act.* Idem quoque dicendum de illo qui rem suam pro de relicto habet, hic enim statim dominus esse desinit, nec dominium, acta pœnitentia, recuperare potest.

Effectus porro cessionis bonorum non est iste quod debitor obligatione soluitur, atque obligatio penitus tollitur: sed solum vt à carceris molestia debitor liberetur. *Qui bonis*, inquit Alexander, *cesserint, nisi solidum creditor receperit non sunt liberati: In eo enim tantummodo hoc beneficium eius prodest, ne iudicati detrahantur in carcerem l. 1. C. qui bon. ced poss.* Quocirca si quid postea rursus acquisierit, obligatione integra manente, nec per cessionem sublata, debitor denuo conueniri poterit; sed in id solum quod facere potest; non in solidum, quo scilicet habeat, quo honeste sustentetur. Vlpianus: *Qui bonis suis cessit, si modicum aliquid post bona sua vendita acquisiuit; iterum bona* Lit. G.

eius

eius non veneunt: Vnde ergo modum hunc astimabimus: Vtrum ex quantitate eius, quod quaesitum est, an vero ex qualitate? Et putem ex quantitate id aestimandum esse eius quod quaesiit. Dummodo illud sciamus si quid misericordia causa ei fuerit relictum, puta menstruum vel annuum alimentorum nomine, non oportere bona eius iterate venundari. Nec enim fraudandus est alimentis quotidianis. l. 6. ff. de cess. bon. Item plane confirmatur *in §. fin. I. de act. & l. 7. C qui bon. ced. poss.* De hoc autem, quod ad pinguiorem fortunam veniens satisfacere velit creditoribus, in quantum potuerit, cauere debet creditor datis fideiussoribus: Sic enim quinquennalem dilationem accipiens cogitur cautionem creditoribus praestare *l. 4. C. de precib. Imperat. offerend.*

2. Deinde maritus, cui miserationis causa à lege conceditur in tuitione & assecuratione dotis in pecunia cōsistentis, satisdare debet *l. si constante. §. quoties. ff. solut. matrim.*

2. Denique condemnatus, cui miserationis causa terminus soluendi iudicatum conceditur ad satisdandum compellitur *l. si debitori. ff. de iudic.* Idem igitur de eo statuendum, qui bonis cessit, Matth. Brunus *d. tract. de cess. bonor. quaest. princ. 7.*

Sed de eo quaeritur si forte bonis cessurus non possit propter inopiam fideiussorem dare, anne ad cautionem iuratoriam, in defectum satisdationis admitti debeat? ita vt iuret si ad pinguiorem fortunam peruenerit, residuum soluere velit?

Pro Affirmatiua plerique interpp. pugnant: eo quod regulariter iuratoriae cautioni sit standum, si fideiussorem dare non possit per text. *in Authent. Generaliter C. de Episc. & Cleric. l. fin. §. super. Cod. de asser. tollend. §. si vero crimen in Authent. vt nulli iudicum & §. sed hodie I. de satisdat. cap. fin. de sen. excomm.*

Verum contraria sententia verior esse videtur, quoniam cum de necessaria satisdatione tractatur, prout fit in proposito, quamuis in illo sit impotentia, qui eam praestare debet, iuratoria tamen cautio sufficere non videtur, sic enim vsufructuarius, qui propter inopiam fideiussoribus carere non potest, iuratoriam cautionem praestiturus, non auditur *gl. in l. 4. Cod. de vsu & habitat.* Et sic etiam tutor repellitur qui ad cautionem pupillo praestandam est impotens; qui vtique non repelleretur si iuratoria sufficeret.

Nec quicquam repugnant supra adductae leges, ex quibus regulam adstruere conantur quod deficiente cautione fideiussoria, admitti debeat iuratoria; palam enim est quod loquantur de cautione iudicio sisti & iudicatum solui actori à reo praestanda. Haec cautio iurato fieri potest, si fideiussores defecerint: Ne per difficultatem inueniendi fideiussores differantur iudicia & paupertas debitoris obstet agenti, quo minus ius suum mature consequatur Wesenb. *ff. qui satisd. cog.* atque ita ipsius actoris interest ad iuratoriam cautionem, in defectum fideiussoriae satisdationis admitti, cum alias agere & iudicio suum persequi non posset. Quae ratio sane deficit in praesenti negotio.

Etsi vero sint quidam qui opinentur, si is, qui bonis cessit, fideiussoriam cautionem praestare non potest admitti debeat ad iuratoriam cum hypotheca omnium suorum bonorum.

Haec tamen valde ridicula est opinio, quia cum bona cedantur creditoribus distrahenda, non video quomodo hypotheca eorundem bonorum de residuo soluendo cautum esse possit; maxime cum bona ista non sufficiant debito. Proinde sic concludendum existimo; eum qui bonis vult cedere non prius ad cessionem bonorum admittendum, quam fideiussoribus idoneis de residuo,

cum ad pinguiorem peruenerit fortunam, cauerit; etsi velit in defectum satisdationis iurato cauere.

Equidem prouinciali constitutione Saxonica hoc priuilegium datum est debitoribus obæratis vt bona sua sub hasta creditoribus vendita intra annum vel ipse redimere vel alium offerre possit qui maius precium numerat Daniel Mollerus *lib. 1. semestr. cap. 9.*

Sed numquid hæc ipsa constitutio Saxonica contra alium emptorem qui non est creditor, locum habeat? Negat Mollerus, & ita suam ordinationem ipsummet Electorem declarasse dicit, ex ista ratione, vt eo facilius hisce difficillimis temporibus inuenirentur emptores, qui sane difficulter inueniri possent, si debitori contra quemcunque emptorem, qui etiam creditor non esset prædictum redemptionis & oblationis beneficium competeret.

De æstimatoribus bonorum subhastatorum quæritur, vtrumne iurati esse debeant, an vero etiam iniuratis fides habeatur? Et distinguit Daniel Mollerus vt iudices ipsi & Scabini seu assessores, cum ad officium nisi præstito iuramento non admittantur non sint toties de nouo iuramenti præstatione onerandi, quoties, factis subhastationibus bona debitorum illis sunt æstimanda: Sed si aliorum quoque vt architectorum, fabrorum & similium artificum vel agricularum opera in æstimandis ædificiis vel prædiis, vtantur, prout sæpe accedit, illi omnino saltem de credulitate iurare debeant; adeo quidem vt iuramentum illis à partibus etiam ipsis remitti non possit.

Et ita etiam tam in iudicio appellationum quam in Scabinatu Saxonico pronunciatum ait, æstimationes non iure factas irritas esse & propterea denuo æstimandæ, præstito prius ab æstimatoribus iuramento.

Ius porro cedendi bonis datur cuiuis debitori, qui competentiæ beneficium non habet, hoc est, qui in solidum & non solummodo in id quod facere potest, conuenitur: Qui enim hoc gaudent beneficio vt in id duntaxat in quantum facere possunt, conueniri queunt merito ab hoc beneficio excluduntur, pro qua assertione est textus *in l. 5. Codic. qui bonis cedere possunt.* *Lit. H.*

Quæ. 28. Hoc autem beneficium & priuilegium competentiæ vtrum etiam Aduocatis & Legum Doctoribus ac Professoribus competat, difficilis est controuersia. Vdalricus Zasius & Franciscus Duarenus hoc diserte negant; idque ex hac ratione, quia nullibi in iure nostro hoc beneficium competentiæ aduocatis & legum Doctoribus tributum reperitur; quod igitur, inquit Zasius, leges non cantant, nec nostrum erit cantare. *An Doctores & Professores bonis cedant?*

Deinde *in l. 6. ff. de re iudicat.* nominatim atque in specie de milite armato dicitur, quod habet competentiæ priuilegium. Vnde colligitur diuersum esse in milite togato; Quid alioquin opus fuisset hoc specialiter armato militi tribui & cur non potius in genere militi concessum esset.

Denique regula est quod quisque reus, debiti conuictus & condemnatus, in solidum teneatur, ab hac vero regula nusquam excepti reperiuntur milites togati, sub regula igitur retenti censentur.

Qui contrariam sectantur sententiam, hisce mouentur rationibus.

1. Primo inquiunt, militi concessum est hoc priuilegium *in l. 6. Digest. de re iudicat.* Iam vero Doctores iuris, Aduocati & Professores sunt milites & militum appellatione in iure veniunt *l. Aduocatum C. de aduoc. diuers. iudic. l. vltim. C. de inoffic. testament.*

2. Idem

2. Idem probatur *l. Medicos, Codic. de profeſſor & Medic.* in quo loco profeſſoribus & Doctoribus iuris nec non aduocatis hoc datur beneficium vt non poſſint propter ciuile debitum carcerari: verba legis ita habent: *Medicos maxime archiatros, vel ex archiatris, Grammaticos & Profeſſores alios literarum & Doctores legum vna cum vxoribus & filiis, nec non & rebus quas in ciuitatibus ſuis poſſident, ab omni functione & ab omnibus muneribus ſiue ciuilibus vel publicis immunes eſſe praecipimus & neque in prouinciis hoſpites recipere, nec vllo fungi munere, nec ad iudicium deduci nec eximi, vel exhiberi, vel iniuriam pati*: Vt ſi quis eos vexauerit pœna arbitrio iudicis plectatur.

Quod ſi itaque propter pecuniarium debitum non poſſunt in carcerem coniici, vti hic aſſeritur; conſequens ſane eſt quod habeant beneficium competentiæ, nec poſſint conueniri vltra id, quod facere poſſunt.

Sed poſterior hæc ſententia, quamuis humana videatur & benigna vt quæ ſtudiis & artibus liberalibus, ſacræ præſertim Iuriſprudentiæ admodum faueat; non tamen videtur iuri eſſe conſentanea: Nam ad exceptionem adſtruendam requiritur textus apertus, perſpicua lex aut Imperialis ſanctio, nec ſufficit ſola ratio iuris. At nullus poteſt textus adduci perſpicuus, quo præſens hæc exceptio in Doctoribus & Profeſſoribus demonſtretur.

Nec ad rem faciunt in contrarium adducta argumenta. Non prius, ex *d.l.6. Digeſt. de re iudicat.* petitum, Non enim de militibus quibusuis in genere loquitur, ſed de militibus armatis: *Miles*, inquit Vlpianus, *qui ſub armata militia meruit ſtipendia, condemnatus, eatenus, qua facere poteſt, cogitur ſoluere.* Etſi igitur in iure milites dicantur iuris Doctores & Aduocati, non tamen armati ſunt milites, de quibus diſerte dicitur *in d.l.6.* Deinde & illud hoc in loco obſeruandum eſt, quod ſingulare hoc ſit militum armatorum priuilegium, quod ad conſequentias, ne quidem ex paritate rationis extendi debet. §. *ſed & quod principi. Inſtit. de iure nat. gent. & ciuil. l. quod contra Digeſt. de Reg. Iur. l. quod vero Digeſt. de legib.*

Ad poſterius argumentum reſpondetur conſequentiam eius negando: Tametſi enim hoc priuilegio gaudeant Doctores & Profeſſores iuris quod in carcerem propter ciuile debitum duci non poſſunt, ſi tamen magnum æs alienum contraxerit ad peram vſque excutitur ac ne quidem neceſſaria ad honeſte viuendum ipſi relinquuntur; quod ſecus ſeſe habet in iis qui competentiæ priuilegium habent, vt ſupra eſt dictum *in diſput. praeced.*

Sed numquid igitur Doctores ac Profeſſores gaudebunt priuilegio ceſſionis bonorum? Intricata & hæc eſt quæſtio: Quod enim primo cedant bonis, æque atque alii, exinde probatur quod abſurdum foret illis, qui plurimum Reipubl. proſunt, deterioris eſſe conditionis, quam alios, & quod beneficii cæteris tribuitur debitoribus, id honoratis hiſce perſonis denegari.

2. Præterea eſt hoc ceſſionis beneficium miſerabile *l.8. Codic. qui bon. ced.* quod ex ſingulari quadam miſericordia & commiſeratione debitoribus obæratis, ne in carcerem coniicerentur, eſt indultum *l.1. Codic. d. tit.* ratio igitur non eſt cur aduocatis, iuris Doctoribus & Profeſſoribus, cum æque miſericordia & commiſeratione ſint digni, ſi aduerſæ fortunæ iniuria ad inopiam fuerint redacti iſtud beneficium non æque tribui debeat.

Verum enim vero contraria ſententia ad veritatem propius accedit: Non

quidem propterea quod Medici, Doctores & professores iuris beneficio competentiæ, quo vltra id quod facere possunt non conueniantur, sint muniti; Hoc quippe priuilegium iure ipsis denegari certissimum est & supra liquido demonstratum fuit; Sed idcirco potius quod ex singulari Impp. indulgentia hoc sint priuilegio donati, nec propter debitum ciuile aut pecuniarium in carcerem conijci possent, per text. *in l. Medicos. Cod. de profess. & Medicis.* Cui sane est consequens quod bonis cedere non cogantur: Sæpe enim dictum fuit, eo vnice spectare cessionis beneficium, quo debitores ab incarceratione carceris que molestiis sint immunes *l. 1. Cod. qui bon. ced.* Stulte igitur facerent si flebili hoc & miserabili cessionis beneficio, nulla penitus vrgente necessitate prædictæ priuilegiatæ personæ vterentur.

Nil igitur quicquam refragantur ista duo argumenta pro affirmatiua paulo ante adducta.

Non certe prius quicquam refragatur: Quandoquidem Doctores, Professores & aduocati non hoc sunt cæteris deterioris cōditionis q̄ bonis nō cedunt: sed potius sunt conditionis melioris: Est quidem cessio bonorum beneficium, sed flebile & miserabile *d. l. 7. & 8. C. qui bon. ced. poss.* At Doctores, Aduocati & Professores longe meliori beneficio contra creditores iuuantur *in d. l. Medicos. C. de professoribus & med.* sic vt ad cessionem bonorum confugere necessum non habeant. Insuper non est hæc nostra sententia quod Doctores Professores & Aduocati non possint bonis cedere si velint prædicto suo beneficio *in d. l. Medicos.* ipsis indulto, renunciare; hoc enim ipsos facere posse nullus dubito *l. penult. Cod. de pact.* Sed ita statuo illos non cogi ad cessionis bonorum beneficium confugere, vt se à carcere liberent, cum de immunitate à carceris molestia ipsis satis abundeque sit prospectum.

Ad posterius argumentum ex iam dictis solutio patet; Iniquum fortassis & absurdum foret à cessione bonorum arceri eos, si non alio meliori ac honestiori beneficio ipsis subueniretur: Deinde absurdum foret si finis cessionis bonorum, *in d. l. 1. C. qui bon. ced.* propositus, in ipsis non deficeret. Insuper iam dictum est, non omnino prohiberi Doctores, Professores & Aduocatos vti cessione bonorum, si prius beneficio *d. l. Medicos.* renunciauerint. Denique cessionis priuilegium non idcirco dicitur miserabile quia ex misericordia & commiseratione quapiam indulgeatur debitoribus, sed ideo quia ad summam ducit miseriam bonis omnibus ita cedentem exuit vt ne quidem vnde victiter seseque sustentet, retineat; quo sensu etiam flebile auxilium appellatur *in l. 7. Codic. qui ced. bon.*

De Clericis quoque disputatur, anne habeant priuilegium competentiæ, cuius vi nequeant conueniri vltra id, quod facere possunt? Quæ 29 *An Cleric bonis cedant?*

Affirmatiuam tuetur & amplectitur communis Dd. schola teste Zasio *ad l. 6. ff. de re iud n. 9.* vbi & ipse videtur in eandem inclinare sententiam: Idque ex hac ratione quod beneficium istud competentiæ tributum est militibus *d. l. 6.* sacerdotes autem & Clerici sint milites cœlestis militiæ & per eos placetur ira diuini numinis *l. Inter Claras. Cod. de summa Trinitate.* Vnde etiam quasi Castrensia bona ipsis tribuuntur *in l. Sacrosanctæ. Codic. de Episcop. & Cleric.*

Postremo dicit Papa quod Clerici militent Christo & Ecclesiæ *cap. 1. extr. de Cleric. agrot.*

Sed Duarenus contrariam sequitur opinionem. Tum quia nuspiam in iure Clericis beneficium competentiæ legitur tributum; Tum quia

quia clerici possint bonis cedere *cap. Odoardus. de solut*. quod tamen non fieret si competentiæ haberent beneficium; prout supra dictum est.

Mihi Duareni sententia verissima videtur, quanquam posterius argumentũ mihi non probetur nec veritati consonum sit quod ei bonis cedere possint, vt mox demonstrabo: Sufficit pro ista Duareni stabilienda sententia, quod in Clericis nuspiam reperitur constituta exceptio à communi regula quod debitor in solidum creditori teneatur.

Argumentum vero Zasii in resolutione quæstionis præcedentis est dissolutũ: Et sane nihil concludit quia *d. l. 6.* non loquitur in genere de militibus, sed in specie de militibus armatis. Tales autem non sunt Clerici. Deinde hoc ipso quod nominatim expresse competentiæ priuilegium armatis militibus tribuitur, satis innuitur idem non competere militibus togatis. Denique priuilegia certę personæ tributa ad alias non extenduntur personas, etsi par in iisdem ratio obtineat *l. quod contra. Digest. de Reg. Iur. l. quod vero. ff. de legib. §. sed & quod principi. Inst. de iure Nat. gent. & ciuil.*

Sed numquid clerici bonis cedunt? Ita sane nonnulli asserunt propter textũ *in d. cap. Odoardus. extr. de solut.* Cuius canonis hunc esse sensum vulgo traditur, quod clerici propter æs alienum non excommunicentur, sed bonis cedant & iurato caueant quod satisfacere creditoribus velint, si ad pinguiorem fortunam peruenerint. Et ita quoque hunc textum accipit Fr. Duarenus *ad d. l. 6. ff. de re iudicat.*

Sed Didacus Couarruuias & alii, quos ibidem allegat, in contrariam concedũt sententiam, statuentes clericos bonis non cedere, etiamsi soluendo esse defierint. Quæ sententia valde mihi arridet: Constat enim quod clericus habeat priuilegium ne ob debitum ciuile incarceretur, Menochius *de arbitr. iud. quæst. lib. 1. quæst. 81. num. 8.* Prosper. Farinac. *in tractat. de carcerib. & carcerat. lib. 1. tit. 4. q. 27. num. 65. & sequent.* vbi plures allegat. qui autem non possunt incarcerari, bonis non cedunt, vtpote in ipsis fine cessionis bonorum, qui *in d. l. 1. C. qui bon. ced.* innuitur, deficiente.

Nec est quod quis moueatur *d. cap. Odoardus.* Non enim ibi dicitur, quod clericis ad inopiam redactis permittatur bonis cedere: Cessionis siquidem bonorum nulla penitus fit mentio in isto canone: sed hoc solum ibi asseritur, quod si non sint soluendo, cauere debeant iureiurando, se vbi ad pinguiorem fortunam peruenerint, creditoribus satisfacturos.

Cæterum hæc sententia quod clericus cedere bonis non cogatur, procedere in illis duntaxat clericis, qui vel sacris ordinibus insigniti sunt, vel altari & Ecclesiæ proprio ministerio inseruiunt, secus in his, qui tantum minoribus ordinibus decorati sunt: Cum hi, quantũ ad hoc priuilegium, pares censeantur laicis & secularibus, monet post Didacum Couarruu. *lib. 2. variar. resolut. c. 1. nu. 9.* Prosper. Farinac. *in tract. de carcer. lib. 1. tit. 4. q. 27. n. 69.*

De Militibus armatæ militiæ constat quod gaudeant beneficio competentiæ, *l. 6. pr. ff. de re iudicat.* Vnde etiam bonis non cedunt sed cauent solũ quod, si ad pinguiorem fortunam peruenerint soluere velint residuum. Sed illud solum dubitatur anne hoc priuilegium actu atque in castris versantibus debeatur, an vero veteranis & cęteris militibus, militia honeste missis denique versantibus competat. Quæ. 30 *An milites bonis cedant?*

Pro negatiua sententia facit quód priuilegia militaria illis solum tribuantur qui actu sunt milites & in castris degunt *tot. tit. I. de testam. milit.* Veteranis autem

& reliquis militia missis non comperant *l. vete a i Digest. ad L. Falcid. l. filiusfam. §. veterani cum seqq Digest. de procurat.* Brunus *in tr. de cess bonor. quaest. quart. princ. q. 11 num. 6.* Sed tamen contraria sententia arridet Authori nostro, & verior etiam est: Etenim *in l. 6. pr. Digest. de re iudic.* agitur de eo qui miles fuit, & verba illius textus in praeteritum non in praesens concipiuntur. Verba ita habent: *Miles, qui sub armata militia stipendia meruit, condemnatus, eatenus, qua facere potest, cogitur soluere.* Sic & *in l. 18. Digest. eod. tit.* verba sunt in praeteritum directa: *Item miles, qui sub armata militia stipendia meruit, condemnatus, eatenus, quatenus facere potest, cogitur soluere.* Sed hoc ita proculdubio accipiendum, si in castris contraxerit: De eo enim, quod post missionem quod extra castra contraxit, debito si conueniatur, praedicto beneficio non iuuatur, sed ad flebile cessionis beneficium confugere cogitur.

Nec obstat quod miles non gaudeat, post missionem, priuilegiis militaribus. Nam hoc de priuilegiis duntaxat testamentariis verum est; Etenim ratio, ob quam ea indulgentur, locum habet in actu duntaxat militantibus, non etiam in iis qui extra castra, domi versantur. Adhaec cum textu speciali diuersum in proposito sit decisum ac definitum, facile cederet regula superior, si qua talis esset, huic praesenti exceptioni.

Quaest. 31 *An pater vxoris habeat priuilegium cōpetentiae?*

Priuilegium porro competentiae tribuitur marito in restitutione dotis; sed & in aliis contractibus cum vxore initis; & vice versa vxori in contractibus cum marito habitis inque exactione dotis; diserte hoc ipsum expressit Modestinus *in l. 20. Digest. de re iudicat.* vbi ait: Non tantum dotis nomine maritus, in quantum facere possit, condemnatur; sed ex aliis quoque contractibus ab vxore iudicio conuentus, in quantum facere potest, condemnandus est ex Diui Pii constitutione: Quod & in persona mulieris aequa lance seruari, aequitatis suggerit ratio.

Socero etiam à genero super dote conuentus, an competat beneficium competentiae quaeritur? Et quidem pro affirmatiua sententia est textus *in l. penult. Digest. de iure dot.* vbi sic scribitur: *Si de dote promissa agitur, non oportet in quantum facere potest condemnari eum, qui promisit: Paulus; imo quod ad extraneum attinet semper hoc verum est, Ceterum si manente adfinitate dotem promissam gener à socero petit: vtique in quantum facere potest socer condemnabitur.*

Idem probat etiam textus *in l. ex diuerso. 17. ff solut. matrimon*: Cum enim in praecedentibus duabus legibus dictum fuisset propter honorem quem socero debet mariti patri hoc est socero suo, si eum de dote restituenda cōuenerit, hoc ipsi tributum esse, vt in id saltem condemnetur, quod facere potest; subiicitur *in d. l. ex diuerso: Ex diuerso si socer ex promissione à marito conueniatur, solet quaeri, an idē ei honor habendus sit: Neratius libris membranarum & Proculus scribunt hoc iustū esse.*

Sed pro contraria opinione, quod nēpe patri vxoris, si à genero conueniatur, non competat priuilegium cōpetentiae, facit *l. 21. ff. de re indicata.* Nā ibi hoc modo Paulus scribit: *Sicut autem cum marito agitur, ita cum socero, vt non vltra facultates damnetur. An si cum socero ex* promissione dotis agitur, in id, quod facere potest, damnandus sit? quod & id aequum esse videtur, sed alio iure vtimur, vt & Neratius scribit.

Veruntamen haec non est vera antinomia & contrarietas, sed apparens duntaxat: Etenim *d. l. Ex diuerso. Digest. solut. matrimon.* & *d. l. ficut 21.* perbelle conueniunt inuicem. Nam quod *in d. l. Ex diuerso*, dicitur iustum esse socerum non teneri vltra id quod facere potest, id *in d. l.*

d.l.sicut, 21. dicitur esse æquum; ita tamen vt propterea vsu non seruetur Sic etiam non pugnant *d.l.penult.ff.de iure dot.* & *d.l.21.ff.de Re iudicat*: *Nam d. l. penult.* vult manẽte affinitate, ac durante matrimonio patrem vxoris à marito non posse conueniri vltra id, quod facere potest: At *d.l.21.* agit de eo casu, quo non amplius durat affinitas, sed matrimonium dirẽptum est, vt aperte probat *l.sed hoc ita. 21. eod.* hoc scilicet casu putat cum Neratio Paulus eo iure nos vti vt in solidum damnandus sit pater vxoris; quod ipsum non negat Labeo *in d.l.penult.* sed potius aperte confirmat; ita tamen vt ad eum restringat casum, quo dolus soceri interuenerit ipseque sciens se dotem præstare non posse, promiserit tamen, quo prætextu, colore & ostentatione futuræ dotis genero insidiaretur eumque ad contrahendas nuptias induceret: Vt ita responsorum istorum nulla penitus sit contrarietas, sed optime conueniant, generaliora ex specialioribus sint restringenda ad speciem; ita vt hoc velint etsi patrem mariti dissoluto matrimonio conueniri in id solum quod facere possunt, videatur esse æquum *d. l. 21.* & iustum *d. l. ex diuerso*, iure tamen contrarium sit receptum *d.l.21.in fine & d.l.pen.* eo videlicet casu, quo dolus soceri interuenerit; quoque circumstantiæ causę & personæ aliud non suadent. *d.l.pen.*

Constante autem matrimonio & durante affinitate in id duntaxat quod facere potest, conueniri patrem non solum æquum & iustum sit, sed etiam iure receptum *d.l.penult.* Donellus & Duaren, *in d.l.21.ff.de re iudicat.*

Nec obstat quod obiicit Anton. Faber. *lib.2 coniect.cap 14.* idcirco verba ista, *sed alio iure vtimur*, non posse de eo casu intelligi quo dolus soceri interuenerit; quoniam, eo casu quo dicitur alio iure nos vti asseritur æquum esse subueniri socero: At æquum non esse subueniri socero decipienti ac dolum committenti. Nam falsum est quod ad eundem casum verba hæc, *quod & id æquum esse videtur, sed alio iure vtimur*, *&c.* referri debeant. Sed hic erit illorum verus sensus æquum esse subueniri socero vt condemnetur in id solum quod facere potest, aliud tamen receptum esse, aliquo casu, quo scilicet dolum fecerit socer *d.l.penult.* Etsi enim non sit expressum, quando alio iure vtamur; id tamen ex *d.l.penult.* satis perspicue colligitur: Vt ita quod *in d.l.21.* dicitur æquum, ad regulam referatur; quod vero iure vsurpari dicitur, referatur ad exceptionem.

Ipse Antonius Faber emendat textum *d l.21 Digest.de re iudicata.* & pro hisce verbis, *sed alio iure vtimur*, ista verba substituit: sed alio & alio iure vtimur: Cuius lectionis hic sensus sit, æquum quidem esse socerum ex promissione dotis, soluto matrimonio in solidum non condemnari, sed alio & alio iure nos vti, id est eum nunc in solidum condemnari, nunc non condemnari: Regulariter non condemnari, ex causa tamen & persona condemnari, hoc est, si dolo dotem promiserit, vel si talis persona sit, quæ vix aliquo honore digna esse videatur.

Quapropter cum quæritur, an ne socero h. e. vxoris patri tribuatur beneficium competentiæ quando à genero super dote conuenitur? Respondendum est; Constante matrimonio id ipsi omnino competere *l.pen. Digest. de iure dot. l.22.Digest.de re iudicat.* Non autem dirempto matrimonio *d. l. 21. & 22. Digest. de re iud.* Nisi causæ aut personæ circumstantiæ aliud suadeant. *d. l. penult.* Pacius. Duarenus dd. locis.

Quod ad patrem mariti attinet, si conueniatur ab vxore dotis nomine, an in-

An pater mariti gaudeat competentiæ priuilegio?

an in solidum condemnetur, si quæritur, facilior est decisio; Hæc videlicet, quod tam dissoluto, quam constante matrimonio cõuentus, in id solum quod facere potest, condemnari debeat. Hæc siquidem inter patrem vxores & patrem mariti est constituenda differentia; quod ille constante solum matrimonio vti possit competentiæ priuilegio.

Soluto vero matrimonio non item, nisi causæ & personæ qualitates aliud suadeant.

At hic vtroque tempore & constantis & dissoluti matrimonii conuentus. Differentiam hanc aperte constituit *d. l. Sicut autem.22.ff. de Re iudicat.* Ratio differentiæ etiam perspicua est: Sicut enim marito maior debetur honor ab vxore, quam vxori à marito; ita quoque mariti patri maior reuerentia debetur ab vxore, quam vxoris parenti à marito *l. 15. & 16. Digest. solut. matrimon.* Sed tamen sic demum & patri mariti tribuitur hoc beneficium, si dolus absit: Nam si dolum commisit, tenetur in solidum. Cum iura decipientibus non soleant subuenire *l. 2. Cod. si minor se maior. dixer.*

Lit. I. Quæst. 33. An hodie abrogatum & sublatũ sit cessio bonorum?

Cessionis porro beneficium in illis, qui aduerso seu fortuito casu res suas amiserint, locum non esse cautum videtur *Nouella 135. c. 1.* quando illic hæc in verba Imperator scribit: Vt nemini liceat rei causa cessionis bonorum necessitatem alicui eorum inferre qui de prædictis causis propter pecunias publicas forte, aut etiam priuatas iudicium sustinent, aut huiusmodi contumeliis vti ac prætextibus; perinde quasi dum corporis supplicium ei remittitur maluerit rerum suarum amissionem capescere potius quam cum inopia lugo litidem ad mortem vsque premi opprobrio ignominiæ. Iusiurandum tamen per adoranda præbeat eloquia, quod nullam rerum causa occasionem aut aurum reliquum habeat vnde æris alieni supplementum faciat: præterea si qua ipsi iura lex vel exhereditate, vel cognatorum donatione in rebus mobilibus præstet, in quarum possessione nondum constitutus sit, competere tamen ipsi videantur, possintque creditores vel partem ex iis, vel etiam totum colligere, extra tamen res vxoris, hoc fiat creditoribusque huiusmodi actionum vindicandi & in personam eius, qui aliquando iurium futurus sit dominus actiones instituendi, siue præsens debitor est, siue non &c.

Hac constitutione Nouella tolli cessionis beneficium in illis qui sine sua culpa & dolo lapsi sunt facultatibus & infortunio quodam ad paupertatem sunt redacti, per se euidens est & hinc etiam euincitur, quod & metus carceris adimatur istis debitoribus & bonorum venditio siue distractio, lege Iulia introducta tollatur. Accedit quod si post istam nouellam relinquitur cessio bonorum à debitore, eorundemque discussio à creditoribus facienda, non opus esset debitorem iurare sibi in bonis non esse vnde creditoribus satisfaciat. Illis proinde duntaxat creditoribus relictum est hoc beneficium cessionis, qui culpa sua ad inopiam sunt redacti, sine tamen dolo malo suo: quandoquidem Lex Iulia quæ cessionem bonorum primitus introduxit, fraudatores & decoctores, id est eos, qui nequitia sua bona perdiderant, nunquam est complexa; cum iura fallentibus suppetias ferre non soleant *d. l 2. Cod. si minor se maior. dixi.*

Iure Electorali Saxonico illis qui culpa sua ad inopiam sunt redacti denegatur remedium cessionis bonorum & illis solum indulgetur, qui sine sua culpa, quodam infortunio paupertatem & inopiam incurrerunt.

Si debitor tempore contractus sciuerit se non esse soluendo, & nihilominus contraxerit, quæritur, anne ex hoc

con-

contractu postea conuentus possit cedere bonis? Et prima fronte videtur affirmatiua sententia amplectenda.

1. Quia creditor sibi imputare debet quod cum tali, qui soluendo non erat, contractum inierit; vt ita magis sit culpa creditoris, quam debitoris, & ideo si creditor aliquid postea ex eo detrimenti sentit, illud ne quidem sentire videatur.

2. Insuper facit huc quod creditor cum debitore contrahendo intelligatur ipsum tanquam idoneum approbasse *argum. l. 3. ff. de fideiussor. l. qui cum alio ff. de Reg. Iur.*

Pro contraria sententia adduci solet *l. penult. in fine Digest. de iure dot.* vbi socero qui sciuit se non posse dotem promissam præstare, denegatur beneficium competentiæ. Idem igitur de debitore, qui cum sciret se soluendo non esse, contraxit tamen, asserendum quod scilicet ei non succurratur beneficio cessionis.

Mihi circa hanc quæstionem videtur esse distinguendum hoc modo, vt siquidem dolo malo induxerit ad contrahendum creditorem, prætendendo se esse soluendo, cum iam inopia laboraret; aut vero hoc fraudulenter egerit, vt, pecunia à creditore accepta, postea bonis cederet atque sic credito suo creditorem fraudaret, iure ipsi denegetur bonorum cessio, ex ratione supra allegata quod iura non decipientibus, sed deceptis succurrere soleant *l. 2. §. verba. Digest. ad SC. Velleian. l. si decipiendi. C. eod. l. 2. Cod. si minor se maior. dixer.* Sin autem nullus sit debitoris dolus, vel quia putauit se soluendo esse, cum soluendo nō esset, vt sæpe accidere solet cum homines frequenter plus sperent de suis bonis quam in illis est. *§. 2. Inst. quib. ex caus. manumitt. licet vel non.* vel quia sperauerit se interea tantum accepturus, quantum illi debito exsoluendo sufficeret, non existimarem hisce casibus ei qui tempore contractus non fuisset soluendo, denegari cessionis auxilium; maxime si sciuerit creditor conditionem illius quo cum contrahit esse talem vt in præsentiarum non sit soluendo. Et sane adducta *l. penult. in fine Digest. de iure dot.* expresse loquitur de illo creditore qui à debitore suo dolo malo ad contrahendum est adductus & circumuentus.

An qui ex delicto ad pœnam pecuniariam condemnatus est, possit, si conueniatur, nec soluendo sit cedere bonis, an vero, ducatur in carcerem vsque dum satisfaciat? Vtputa, aliquis furtum manifestum vel rapinam commi sit atque ita se ex huiusmodi delicto ad pœnam quadrupli præter rei ipsius restitutionem obligauit, conuenitur eius pœnæ nomine, non tantum habet in ære vt pœnam quadrupli exsoluere possit, vult igitur bonis cedere; quæritur an sit audiendus, an vero in carcerem coniiciendus? Quæ. 34. *An qui ex delicto est obligatus cedere bonis queat?*

Et quidem primo dicendum videtur quod cedere bonis queat non minus atque si ex contractu obligatus fuisset; quo omnes textus, in quibus permittitur debitori, qui soluendo non est, cedere bonis, nec vlla vspiam adhibetur distinctio ex contractu obligatus sit debitor, an ex delicto.

2. Quia ratio, ob quam cessio bonorum obærato debitori indulgetur, est generalis, hæc videlicet ne propter inopiam & paupertatem in carcerem coniiciatur. At quotiens ratio legis generalis est, totiens etiam lex ipsa generalis esse intelligitur.

Sunt, qui, hisce duabus rationibus nihil moti, statuant debitorem esse in carcerem coniiciendum ibidemque tandiu detinendum vsque dum extremum obulum soluerit & pro delicto integre ac plene satisfecerit. Idque propterea quod fallentes ac decipientes nec

non contra legem delinquentes indigni sint legis auxilio *d.l.2.Cod.si minor se maior.dix.*& ideo eum beneficio cessionis non fruantur in carcerem coniici debeant vsque dum soluant *l. 1. Cod. de cess. bonor.*

Denique quidam statuunt quod hoc casu, quo delinquens pœnam pecuniariam propter inopiam soluere non potest, corporali pœna affici debeat iuxta illud, *qui non habet in are, luat in corpore. L.1.in fine Digest.de pœn.l.si quis id & l. vlt. Digest.de in ius vocand. l. vlt. in fine. Cod. de sepulchr. violat. l. illicitas. §. vlt. ff. de offic. præsid.*

Ita tamen, vt si quidem priuato accusatori sit applicanda, pœna pecuniaria ipso inuito non commutetur in pecuniariam, sed si pinguiorem velit debitoris expectare fortunam, ea commutatio mitti debeat: Sin vero fisco applicanda veniat pœna, tum, inuito etiam accusatore, pœna pecuniaria in corporalem mutetur. Didacus Couarru.*lib. 2. variar. resolut c.1.n.8.*

Et hæc postrema opinio mihi verissima esse videtur: Nec illi refragatur quod leges debitori obærato bonorum possessionem tribuentes sint generales & indistincte loquantur: Nam ex ratione & æquitate ciuili, quæ in eo consistit ne iuuentur delinquentes, sed prout meriti sunt puniantur *l.28. Digest. de pœn. l.3 Dig de offic.præsid.* necessario ad debitores ex contractu obligatos restringi, nec ex contractu ad obstrictos extendi debent.

Sic etiam secunda ratio non obstat, quia suo delicto promeritus est pœnam, quam quia in ære soluere non potest, luere debet in corpore; ideoque ratio ista *d.l.1.Cod qui bon.ced.*ad delinquentes, vt qui nulla commiseratione, nulla misericordia sunt digni, non potest nec debet extendi.

Non resistit secundæ opinionis fundamentum, quia est in arbitrio priuati creditoris anne velit commutari pœnam pecuniariam in corporalem, an malint in carcerem coniici debitorem donec soluat aut soluendo fiat; nec hoc arbitrio debitoris relinquitur quoniam satisfaciendum est legi, quæ tum propter exemplum tum propter emendationem facinerosi, quorum vtrumque salus Reipublicæ flagitat *l.ita vulneratus.ff. de L. Aquil.* delinquentem vult debita pœna affici.

De rigore iuris Saxonici aduersus debitores obæratos, deq; eius mitigatione per constitutionem Electoralem 22. *part. 2.* facta, supra sub hac eadem Thesi lit.B. dictum fuit, quo nunc breuitatis causa me refero.

RESOLVTIO THESIS Quinta.

CÆterum quia debitores bonorum distractionem metuentes solent plerumq; res suas in fraudem creditorũ alienare, idcirco creditoribus in rem actione hunc in euentum prospectũ est, qua, recissa alienatione ista, res abalienatas à possessore cum sua causa vindicent atq; intra annum reuocent. *tot. tit. Dig. quæ in fraud.credit.* Et hæc actio ab Authore Pauliana dicitur. *Lit. A.*

Sed de hac actione valde dubitatur, anne hæc actio sit eadem cum illa de qua Iustinianus *in §. 6. I. de act.* tractat, vel quod idem est, anne actio, proposita *in §.6 I.de act.* sit illa Pauliana actio de qua *in dd.tit.Dig.& C.quæ in fraud.credit.*agitur? *Quæ 35. An §.6 I. de act.loquatur de Pauliana actione?*

Equidem plerisque præsertim vero pragmaticis persuasum est, actionem quę datur creditori ad res in fraudem illius à debitore alienatas, repetendas, nihil à Pauliana differre [a], vnde etiam non alio nomine eam insigniunt, quam Paulianæ actionis: Verum meo iudicio turpi-

turpissime hallucinari & toto cælo, quod aiunt, aberrare videntur.

1. Quia Pauliana actio non in rem est, sed in personam; siquidem aduersus possessorem non datur, qui ex causa onerosa possidet, nisi & fraudis ille sit particeps. *l.1.l.ait.l.15.Digest.quæ in fraud. credit.l.penult.Cod.de his quæ in fraud. credit.* & datur contra heredes etiamsi non possideant, *l.ait.in fin Digest.quæ in fraud. credit.* Cum actio in rem detur aduersus eum, qui bona fide, ex causa etiãonerosa possidet, quantumuis fraudis non sit particeps: nec detur, nisi aduersus possidentem. *l.qui petitorio. Digest.de rei vindic.* Atqui actio illa, quia in fraudem creditorum alienata reuocantur, est in rem, quod satis dilucide patet ex §. *sed & ista iunct.§ in personam.Instit.de act.§.si quis. 6. eo l.* Proinde actio qua reuocantur in fraudem creditorum alienata, non est Pauliana, sed ab hac diuersissima.

2. Quia actio Pauliana in personam est, tum quia *in l.videamus. §. Fauiana. ff. de vsur.* ICtus de actionibus in personam quæstione proposita, exempli loco adfert Paulianam, & cum actione Fauiana, tanquam eiusdem generis speciem cõiungit, cum tamen constet Fauianam in persona esse, *l 1.§.hac actio.Digest. quæ in fraud.credit.* Tum quod ex delicto descẽdat, siue ille, aduersus quem agitur, fraudis particeps fuerit, siue non; siquidem species delicti est, si admonitus in fraudem creditorum rem alienatam à debitore esse, tenet eam retinere, arg. *l.metum.§.fin.Digest.quod met.caus.* Atqui actio illa, de qua *in d.§.item si quis 6.* est in rem, vt paulo ante demonstrauimus.

3. Quia Pauliana actio non proponitur, si quid in fraudem creditorum alienatum fuerit, sed ita, si is etiam, qui accepit, sciuerit & fraudem participauerit, *l.1.l.ait prætor.prin.& §.1.Digest. quæ in fraud.credit.* Aut si quid in fraudem creditorum alienatum fuerit ex causa lucratiua *d l.ait prætor.* Atqui actio rescissoria, de qua nunc agitur, simpliciter proponitur ex hac causa, si quid debitor in fraudẽ creditorũ tradiderit neq; fraudis conscientia in accipiẽte exigitur.

4. Quia deniq; Pauliana actio competit de rebus in fraudem creditorum alienatis, siue bona à creditoribus possessa sint, siue possessa non sint *l.si quis. cũ l.omnes § 1.ff.quæ in fraud.cred.* Actio autẽ, de qua loquimur, competit quidẽ de rebus in fraudem creditorum alienatis; sed alienatis tunc, cum iam bona debitoris à creditoribus possessa essent ex sententia præsidis.

Non obstat 1. quod Iustinianus *in §. 6. l. de act.* expresse loquatur de eo, qui in fraudem creditorũ rem suam alicui tradidit, ad quam reuocandam etiam actionem dat creditoribus, quorum in fraudem tradita est. Necessum igitur sit, vt competat actio vel Pauliana, vel Fauiana seu Caluisiana; at non hæc, quia est de rebus in fraudem patroni alienatis: Ergo datur Pauliana.

Resp. Recte enim Donellus respondet negando consequentiã, eo quod in proposito alia suppetit actio, quã Caluisiana vel Pauliana, vt ex prædictis palam est. Quænam autem illa sit, si quæritur, respondendum est, eam esse actionẽ prætoriam, quæ cõpetat de pignore prætorio, quod ex missione in bona debitoris creditoribus constituitur, *l.quod proponis. C.de reb.auctor.iud.possid l.satisque.de in ius vocando.l.non est mirum de pignor. action. l. fin.C.de prætor.pign.* Nam cum, vt ex modo citatis iuribus patet, creditores missi in bona debitoris consequuntur prætorium pignus, quod si forsan creditores possessionẽ amiserint, habent hãc actionem, quæ ipsis datur aduersus quemcũque possessorẽ: Et ꝙ de actione ex prætorio pignore nata, loquatur Iustinianus Imperator, patet manifeste ex eo, ꝙ ait, *bonis à creditorib.possessis*, & ex collatione

d. §. item si quis cum l. fin. Cod. de prætor. pign.

Nec huic solutioni refragatur, quod actio præsens detur, si res à debitore sit tradita in fraudem creditorum, actio autem de pignore competat, quocunque tandem modo & quocunque animo traditum, aut alienatum sit à debitore, quin debitor neque vendendo neq; donando, neque quouis alio modo rem alienando possit deteriorem facere conditionem creditoris, aut eius persecutionem impedire, *l. debitum Cod. de pignoribus.*

Resp. hoc siquidem in cæteris pignoribus receptum, quæ conuentione contrahuntur; at proprium huius pignoris prætorii est, vt si debitor rem ex bonis possessis in fraudem creditorum non alienarit, rata sit alienatio, nec possit à creditoribus reuocari; nam tunc intelligitur res non alienata in fraudem creditorum, quando debitor non donauit, sed vendidit, vt bonum patremfam. decet, & rem bene gessit, atque pecuniam ad creditores aut curatorem bonorum retulit, quo facto cum sit creditoribus satisfactum, nulla amplius actio creditoribus competit.

Non refragatur etiam, quod Theophilus hanc, de qua nunc loquimur, disertis verbis Paulianam actionem appellet.

Resp. Nam authoritas Theophili parum ad rem facit, præsertim vbi textus alii sunt in contrarium, *l. 2. §. 19. Cod. de vet. iure enucl.*

Non resistit insuper, quod Iustinianus *in l. fin. Cod. de prator. pign.* de actione ista disserens, quæ de prætorio competit pignore, ne minimam quidem mentionem faciat alienationis pignoris, in fraudem creditorum factæ, sed solum pignoris amissi, siue culpa, siue casu fortuito. Resp. nam textus cum textu conferri & exinde explicari debet.

Denique non impedit, quod in casu *d. l. fin.* in quo hanc rescissoriam actionem dari opinatur Donellus, non sit opus noua actione, cum actio hypothecaria competat.

Resp. recte enim Donellus negat, actionem hypothecariam de prætorio pignore competere, vt quæ de conuentionali duntaxat pignore sit prodita, *§. item Seruiana. Inst. de act.*

Datur hæc actio Creditoribus, sed illis in quorum fraudem alienatio est facta; nec enim sufficit fraudatos esse reuera creditores, sed animum quoque fraudandi intercessisse necessum est; ita Vlpianus *in l. 10. §. 1. Digest. quæ in fraud. credit.* Ita tamen, inquit, reuocatur quod fraudandorum creditorum factũ est, si euentum habuerit fraus; scilicet si hi creditores, quorum fraudandorum causa fecit bona ipsius vendiderunt &c. Sed nunquid & iis creditoribus hæc actio debetur, qui post alienationem bonorum cum debitore contraxerunt? Verbi causa; Mercator quidam cum in fraudem creditorum bona sua vendidisset emptori participanti, pœnitentia ductus libenter dimisisset creditores, sed non habuit pecuniam; idcirco mutuatus est pecuniam à quibusdam aliis vt priores creditores, quorum in fraudem facta erat alienatio, dimitteret, solutaque pecunia eos dimisit: Quæritur hoc loco anne posteriores creditores, in quorum fraudem ab initio bonorum alienatio facta non erat, habeant actionem reuocatoriam? Respondet ICtus si in fraudẽ ipsorum facta sit mutuatio; ita vt per præcedentem alienationem fraudarentur de eaque fraude debitoris constet: posterioribus hisce creditoribus nõ minus atque prioribus, dari actionem reuocatoriam *d. §. 1. l. 10. ff. quæ in fraud. creditor.* Cuius hæc sunt verba. *Cæterum si illos dimisit quorum fraudandorum causa fecit & alios sortitus est: si quidem simpliciter dimissis*

dimissis prioribus quos fraudare voluit; cessat reuocatio: si autem horum pecunia, quos fraudare noluit, priores dimisit, quos fraudare voluit, Marcellus dicit reuocationi locum fore: Secundum hanc distinctionem & ab Imperatore Seuero & Antonino rescriptum est, eoque iure vtimur.

¶ Sed animaduertendum est, in proposito casu, quo posteriores creditores actionem reuocatoriam habere dictum est, non solum fraudatos esse, sed etiam in locum priorum creditorum successisse: Quid autem si in priorum creditorum locum non successerint? Vtputa Titius constituit magnam summam pecuniæ mutuo accipere, & antequam hoc facit, quo futuros creditores fraudaret, alienauit sua bona, & deinde mutuam accepit pecuniam: Quæritur an huic creditori, in cuius quidem fraudem facta est alienatio, sed qui in prioris alicuius creditoris, cuius fraudandi gratia alienatio facta fuerit locum non successit, detur actio reuocatoria? Negat noster Teutl. sed adfirmat Iohannes Sneidewinus. Et sane hanc opinionem posteriorem veriorem esse iudico, quoniam certissimum est, prout etiam proponitur, in fraudem illorum bona esse alienata.

Non obstat huic sententiæ. *d. l.* 10. §. 1. *ff. quæ in fraud. credit.* vbi expresse dicit ICtus, quod si debitor illos dimiserit, quorum fraudandorum causa alienationem fecerit, & alios sortitus fuerit, cessare debeat reuocatio, si quidem simpliciter dimissis prioribus, alios sortitus est.

Nec quicquam repugnat *l.* 15. *& l.* 16. *ff. eod. tit.* vbi non rescinditur libertas data seruo in fraudem creditorum manumisso, etiamsi futuri creditores fraudentur.

Nam ad vtramque obiectionem respondendum est, in istis textibus casum proponi, quo reuera quidem & facto ipso fraudati fuerint creditores, sed non consilio & proposito, siue animo fraudandi debitoris: Casus est talis, prout ipsum ad *d. l.* 15. fingit Zasius: Testator cum haberet creditores & non esset soluendo, in suo testamento in fraudem creditorum seruo libertatem dedit: Ista libertatis datio cum inutili esset, idque testator intellexisset, soluit creditoribus istis, quorum in fraudem seruum manumiserat, atque sic fraudem istam sustulit: postea vero idem testator in alios incidit creditores & ita mortuus est. Seruus se liberum esse contendit, & licet reclament creditores posteriores, rata tamen est libertas, quia, etsi in effectu fraudati sint atque reuera ex ista alienatione damnum fecerint, quia tamen testatori animus non fuit per alienationem aut manumissionem fraudare creditores, idcirco quod actum est subsistit. In adductis igitur & obiectis legibus agitur de eiusmodi casu quo posteriores neque in priorum locum successerunt nec ex proposito à debitore fraudati sunt Zasius *d. l.* 15. vbi ait Testatorem illic non iniuisse consilium fraudandi posteriores istos creditores.

In hanc actionem veniunt res quæcunque in fraudem creditorum alienatæ, siue corporales fuerint, siue incorporales: *Hac in factum actione non solum dominia reuocantur, sed etiam actiones restaurantur: quapropter competit hæc actio & aduersus eos, qui res non possident, vt restituant: & aduersus eos, quibus actio competit, vt actione cedant, &c. l. 14. ff. quæ in fraud. credit.*

Quæ. 28. *An seruus ab eo manumissus, cui minor dolo inductus vendidit, ea manumiss. one liber fiat?*

Sed hic quæritur, si Titius inducat dolosis persuasionibus Sempronium, adhuc minorem viginti quinque annis, vt seruum sibi venderet, anne Titio seruum istum emente & manumittente, seruus liber fiat, an vero manumissio ista & libertatis datio ipso iure sit nulla? Valere manumissionem & validam esse contendit Robert. 9. *lib.* 3. *animaduers.*

cap.5. & in Not. ad Notat. libr. tert. cap.5.

Mouetur autem textu *l.7.pr.ff. de dolo malo.* vbi ICtus Vlpianus hoc modo scribit: *Et eleganter Pomponius hæc verba: si alia actio non sit, sic accipit, quasi res alio modo ei, ad quem ea res pertinet salua esse non poterit: Nec videtur huic sententiæ aduersari, quod Iulianus libro quarto scribit: Si minor annis viginti quinque consilio serui circumscriptus eum vendidit cum peculio emptorque eum manumisit, dandum in manumissum de dolo actionem: Hoc enim sic accipimus carere dolo emptorem, vt ex empto teneri non possit; Aut nullam esse venditionem, si in hoc ipso, vt venderet, circumscriptus est: Et quod minor proponitur, non inducit in integrum restitutionem: Nam aduersus manumissum nulla in integrum restitutio potest locum habere.*

Hanc Florentinam lectionem corruptam dicit Robertus & in plerisque tum manuscriptis, tum editis ita legi: *Siue enim accipimus carere dolo emptorem vt ex empto teneri non possit, siue nullam esse venditionem, si in hoc ipso vt venderet, circumscriptus est (quod & proponitur) non inducitur in integrum restitutio: Nam aduersus manumissum, &c.*

Hæc posterior lectio aperte comprobat quod valeat serui manumissio, quem dolo emptoris inductus minor vendiderat.

Quin etsi Florentina retineretur, nihilo tamen minus idem ex ea probari ait Robertus, propterea quod lex indistincte dicit, aduersus manumissum nullam esse in integrum restitutionem: Vnde etiam illud indistincte sit hoc modo accipiendum, siue serui, siue emptoris dolo venditor ætate minor sit circumscriptus.

Sed totum hoc dicit Cuiacius ineptum & vitiosum esse: quoniam lex proponat consilio serui circumscriptum minorem viginti quinque annis & si ab emptore manumissus fuerit, in manumissum competere actionem de dolo, si videlicet emptor consilium fraudis non participauerit: Nam si participauerit ipsum teneri actione ex vendito empto, non manumissum actione de dolo. Igitur in casu *d. l. 7. pr. de dolo.* inquit Cuiacius, manumissionem serui valere, quia venditor dolo serui circumscriptus est, & in manumissum est actio de dolo, non quia dolo emptoris: Hoc siquidem casu emptio plane foret irrita & nulla.

Sed tamen Iohannes Robertus contra vrget generale istud axioma, *in d. l. 7.* propositum, quod contra manumissum non detur in integrum restitutio: Etenim hoc priuilegio gaudet libertas, quod contra eam nulla in integrum restitutio locum habere potest *l. vlt. Cod. si diuers. l. si ex causa 9. §. vltim ff. de minoribus.* Quocirca, etsi proponatur ab ipso emptore minorem dolo inductum vt seruum venderet, tamen contra seruum ab emptore manumissum non dabitur in integrum restitutio, & consequenter valebit manumissio.

Sed obiicitur tamen *l. 2. C. quib. ad libert. proclam. non licet.* Vnde colligitur quod, seruo ita manumisso, non competat libertas, nec videlicet dominus eo fraudetur.

Sed respondet ad illam Robertus: Ideo, in proposito, non repugnare, quia ibi nulla proponatur facta manumissio ex præcedente causa, sed tantum seruus per vim ablatus testamento liber esse iussus: Deinde illo casu propterea seruum nō fieri liberum, quia eius domino nulla actione sit consultum aduersus aut heredem, aut alium quenquam, quo indemnis seruetur, cū in proposito casu aliud obtineat actione aduersus illū, qui dolum admisit erit, ex eodem contractu competente. Et sane ipse Cuiacius etiam non admodum diffitetur hunc textum ad præsens negotium non facere.

Et ideo Cuiacius longe fortiori argumento

gumento nititur, hoc videlicet; quod quoriens manumissio facta est à non-domino, toties libertas manumisso non competit: Iam vero in proposito casu emptor non fuit dominus serui, quem manumisit, quia etsi emptori à domino fuerit traditus seruus, quia tamen traditionis causa, emptio videlicet, fuit reuera nulla, vtpote dolo inita, idcirco per traditionem istam, nullo titulo, nulla præcedente causa, dominium serui in emptorem non fuit translatum.

Sed tamen obstat quod *in d. l. 7. pr. ff. de dolo malo.* dicitur, *Aduersus manumissam nullam posse in integrum restitutionem locum habere.* Et quod *in l. 9. §. vlt. ff. de minorib.* asseritur: *Aduersus libertatem minori à pretore subueniri impossibile esse*; Et denique quod *in l. vlt. C. si aduersus liber.* scribitur, *sententiam pro libertate latam, prærogatiua minoris ætatis sine appellatione rescindi non posse.*

Lit. D. Veruntamen hoc nihil quicquam nobis obstat: Nam nec in proposito libertatem siue manumissionem rescindi asserimus sed manumissionem ab initio nulliter esse factam, nec iure fieri potuisse ab emptore, vt qui dominus serui non fuerit, contendimus.

Vt porro præsens hæc actio Pauliana competat, necessum est eum qui rem alienatam accepit à debitore, fraudis esse participem, hoc est, nosse quod debitor non sit soluendo, quodque in fraudem creditorum alienationem faciat, ita enim edicit prætor,

Quæ fraudationis causa gesta erunt, cum eo, qui fraudem non ignorauerit, &c. *l. 1. ff. quæ in fraud. cred.* Aduersus ignorantem igitur non datur hæc rescissoria actio. Quod ipsum quoque eleganter hisce verbis demonstrat Vlp. *in l. 10. §. 2. ff. quæ in fraud. credit.* Quod ait prætor, sciente, sic accipimus, te conscio & fraudem participante. Non enim si simpliciter scio illum creditores habere, hoc sufficit ad contendendum teneri eum in factum actione, sed si particeps fraudis est.

Quæ. 29. *An in id, quo factus est locupletior, possessor teneatur quando ex lucratiua causa possedit?*

Cæterum ita demum is, qui fraudem debitoris ignorauit, immunis est ab actione in factum, si ex causa onerosa, veluti ex emptione, permutatione aut simili rem fuerit à debitore nactus: Nam si ex causa lucratiua veluti ex donatione eam acceperit, indistincte conueniri potest actione Pauliana siue fraudem ignorauerit, siue non, & siue particeps sit fraudis, siue non clare hoc & perspicue expressum est *in l. 6. §. 11. ff. quæ in fraud. credit.* dum ibidem hoc modo scribitur. *Simili modo dicimus & si cui donatum est; non esse quærendum, an sciente eo, cui donatum est, gestum sit, sed hoc tantum an fraudentur creditores: Nec videtur iniuria adfici is qui ignorauit, cum lucrum extorqueatur non damnum infligatur: In hos tamen qui ignorantes ab eo, qui soluendo non sit, liberalitatem acceperunt, hactenus actio erit danda quatenus locupletiores facti sunt; vltra non.* Idem quoque *in §. penult.* hisce verbis ostenditur: *Proculus ait, etiamsi ignorauerint legatarii, tamen vtilem actionem dandam, quod nequaquam dubium est.*

Et sane ratio huius longe est æquissima, in æquitate vtpote naturali fundata; siquidem si, hoc casu, aduersus ignorantem non daretur actio, locupletior efficeretur cum iactura & detrimento creditorum; quod ab æquitate naturali prorsus alienum esse docet regula iuris *in l. 206. de Reg. Iur.* Wesenbec. *in parat. Digest. quæ in fraud. credit.*

Quocirca contra ignorantes fraudem debitoris datur rescissoria actio, si rem ex causa lucratiua acceperint, sed hactenus solum in ipsos actio datur, quatenus sunt locupletiores facti.

In eos vero, qui ex causa onerosa rem acceperunt, non datur actio, si fraudis non sunt participes, etsi exinde locu-

locupletiores fuerint effecti; Id quod probat *l.6.§.8. ff. quæ in fraud. credit.* vbi dicitur: *Hoc edictum eum coercet, qui sciens eum in fraudem creditorum hoc facere suscepit, quod in fraudem creditorum fiebat: quare si quid in fraudem creditorum factum sit, si tamen is, qui cepit ignorauit, cessare videntur verba edicti.*

Vt porro locus sit huic actioni, requiritur scientia in eo qui conuenietur: Hinc si tutor sciuerit fraudem debitoris, pupillus ignorauerit, quæritur an locus sit in factum actioni; ita vt scientia tutoris noceat pupillo? Et hactenus pupillis nocere scientiam tutorum, Vlpianus respondet, quatenus quid ad eos peruenit; idemque ait etiam in curatore puberum obtinere *l. 10. §. 5. ff. quæ in fraud. creditor.*

Sed videtur dicendum quod in causa pupillorum & minorum viginti quinque annis nec ipsorum tutorum aut curatorum scientia sit necessaria; sed actioni & reuocationi sit locus, siue sciuerit siue ignorauerit tutor creditores fraudari; sed etsi vterque, pupillus, inquam, & tutor ignorauerint.

Sic enim *in l.6.§.10. ff. eod. tit.* idem Vlpianus scribit: *Si quid cum pupillo gestum sit in fraudem creditorum: Labeo ait omnino reuocandum, si fraudati sint creditores quia pupilli ignorantia, quæ per ætatem contingit, non debet esse captiosa creditoribus & ipsi lucrosa, & eo iure vtimur.* quasi diceret hoc iure vtimur, tametsi edictum de sciente loquatur.

Et obseruandum est, rationem ab Vlpiano adductam, generalem esse & pertinere ad omnem pupillum, etiam cuius tutor ignorauerit fraudati creditores.

Dicendum proinde est siue tutor fraudem debitoris sciuerit, siue nesciuerit reuocari quod ad pupillum peruenit.

Verum recte hoc modo ista conciliantur, vt quod Vlpianus dicit *in d.l. 10. §.5.* huic actioni locum esse, si tutor pupilli sciuerit, ipse pupillus ignorauerit, id de eo negotio intelligi debeat, quod gestum est cum tutore, quo casu Vlpianus ait, etiam pupillum teneri de eo, quod facto tutoris ad eum peruenerit, si modo tutor fraudationem non ignorauit.

Id vero, quod *in d.l. 6 §.10.* scribitur, de eo quod cum pupillo gestum est, explicari debeat, vt nempe hoc casu ignorantia eius, qui per naturam scire non potuit, creditoribus nihil obsit, siue tutor sciuerit, siue ignorauerit.

Dixi actionem contra eum dari qui fraudem sciuit eiusdemque particeps fuit: Hinc, si quis sciens fraudem, rem emit à debitore, mox eam rem vendiderit bonæ fidei emptori. Primus quidem emptor tenetur actione Pauliana, quia fraudem participauit, nempe vt solidum precium, quod à secundo accepit, reddat.

Secundum autem emptorem, qui bona fide emit, actione publiciana non teneri, quia dolus auctoris, siue venditoris emptori nocere non debet *l. 4. §. 1. ff. de doli except. Dolus,* inquit ibi Paulus, *ei duntaxat nocere debet, qui illum admisit.*

Quin & ideo secundus emptor, qui bona fide contraxit tutus est, quia emit rem à vero domino: Tametsi enim primus emptor fraudulentus fuerit, tamen dominium nactus; vnde etiam aduersus eum comparata est actio reuocatoria & rescissoria, qua alienatio rescindatur ac dominium reuocetur. Zasius *in l. 9. Digest. hoc tit.*

Atque hoc ipsum expresso atque perspicuo textu *in d. l. 9. Digest. quæ in fraud. credit.* cautum est. Nam illic Paulus his verbis ea de re scribit: Is qui a debitore cuius bona possessa sunt sciens rem emit; iterum alii bona fide ementi vendidit, quæsitum est an secundus emptor

con-

conueniri poteſt: Sed verior eſt Sabini ſententia, bona fide emptorem non teneri; quia dolus duntaxat ei nocere debeat, qui eum admiſit, quemadmodum diximus non teneri eum, ſi ab ipſo debitore ignorans emerit, is autem qui dolo malo emit, bona fide autem ementi vendidit, in ſolidum precium rei, quod accepit, tenetur.

lit. E. In hanc actionem fructus veniunt non tantum qui percepti ſunt, ſed etiam qui percipi potuerunt. Ita Vlpianus; *Et fructus*, inquit, *non tantum qui percepti ſunt verum etiam hi, qui percipi potuerunt à fraudatore, veniunt. l. 10. §. 20. ff. quæ in fraud. creditor.* Quinimo nec ſoli fructus ſed & omnis cauſa præſtabitur; id eſt fructus & partus omniſque acceſſio non tantum quæ percepta eſt, ſed etiam quæ percipi potuit, ſi res reſtituta eſſet cum petita eſt, *d. l.* 10. §. 19.

Cæterum quod de fructibus dictum eſt, illud de fructibus duntaxat poſt iudicium acceptum perceptis & percipiendis; nec non de illis, qui, cum res alienaretur terræ cohæſerunt, accipi debet de iis vero fructibus qui medio tempore ſunt percepti minime intelligi debet. Idque ideo, quia in reſtitutionem ea duntaxat hoc loco veniunt, quæ fuerunt in bonis debitoris alienantis aut fraudantis quoniam hoc duntaxat amiſſum à debitore dici poteſt; quandoquidem non amittitur id, quod debitor non habuit. In bonis autem fraudantis debitoris fuerunt fructus tempore alienationis fundo cohærentes, vt & illi, qui poſt litem conteſtatam ſunt percepti, quoſque debitor percepiſſet, ſi reſtitutio rei ſine mora facta fuiſſet. Atqui medio tempore ſunt percepti, aut percipi potuerunt, non fuerunt in bonis debitoris fraudantis.

Et hoc diſertis verbis exprimit Venulejus *in l. vltim. §. 4. ff. quæ in fraud. credit. Non ſolum autem*, inquiens, *ipſam rem alienatam reſtitui oportet, ſed & fructus qui alienationis tempore terræ cohærent; quia in bonis fraudatoris fuerunt. Item eos qui poſt inchoatum iudicium recepti ſunt: Medio autem tempore perceptos in reſtitutionem non venire. Item partum ancillæ, per fraudem alienatæ, medio tempore editum in reſtitutionem non venire, quia in bonis non fuerit.*

Ita tamen ad reſtitutionem fructuum tenebitur, qui rem à fraudatore accepit ſi impenſarum neceſſariarum deductio aut refuſio prius facta fuerit; per textum apertum *in l. 10. §. 20. ff. quæ in fraud. credit.* vbi cum dixiſſet Vlpianus fructus perceptos & percipiendos in hanc actionem venire, ſubiicitur: *Sed cum aliquo modo: ſcilicet vt ſumptus facti deducantur. Nam arbitrio iudicis non prius cogendus eſt rem reſtituere, quam ſi impenſas neceſſarias conſequatur. Idemque erit probandum & ſi quis alius ſumptus ex voluntate fideiuſſorum creditorumque fecerit.*

Etſi enim is, qui hac actione de re reſtituenda fructibuſque reddendis conuenitur, vtpote fraudis conſcius, malæ fidei poſſeſſor ſit; conſtat tamen quod malæ fidei etiam poſſeſſor neceſſarias impenſas deducat *l. 5. in verb. Niſi neceſſarios fructus. C. de rei vindicat.*

Et porro hæc actio annalis non perpetua: Nam hoc in edicto prætoris diſertis verbis expreſſum eſt *l. 1. pr. ff. quæ in fraud. credit.* Sed ita tamen vt de illis ſolum, quæ non peruenerunt ad eum, qui rem à fraudatore accepit, intra annum competat hæc actio: De iis vero quæ peruenerunt, etiam poſt annum. Ita quippe prætoris edictum Vlpianus *in d. l.* 10. §. 24. dum ait: *Hæc actio poſt annum de eo quod ad eum peruenit, aduerſus quem actio mouetur, competit. Iniquum enim prætor putauit in lucro morari eum, qui lucrum ſenſit ex fraude; idcirco lucrum ei extorquendum putauit:* Siue igitur fraudator ſit ad quem peruenit, ſiue alius quiuis competit actio in id, quod ad eos peruenit, doloue

ma'a eius factum est quo minus perueniret. Computandus est hic annus ex die venditionis bonorum *l. 10. §. Annus. ff. d. tit.* Ex quo colligit Donellus præsentem actionem meram rei persecutionem non continere & ideo etiam in heredem eius, cum quo sciente quid fraudationis causa gestum est, eam non competere. Maxime cum constet eam quod vltra quam peruenit, detur, & in dolum concipiatur, quales actiones pœnam continere dicuntur *l. huius. ff. quod fa'so tutore.*

Sed vt cæteræ, quamuis ex delicto proficiscantur, de eo tamen, quod ad eum, cum quo agitur, peruenit, perpetuæ sunt & dantur in heredem *l. in heredem. ff. de calumniat. l. quod diximus. §. vlt. ff. quod met caus.* ita quoque hæc actio post annum de eo, quod peruenit, competat. *l. 10. §. actio. ff. quæ in fraud.* Eademque ad hanc vsque quantitatem non tantum heredi, sed etiam in heredem dabitur.

Cæterum de actione rescissoria, quæ datur de re in fraudem creditorum alienata, bonis debitoris à creditoribus possessis, vtrum sit perpetua, annalis valde ambigitur? Et sane multi sunt, quibus Donellus quoque subscribit, qui eam non annalem esse, nec anno finiri, sed perpetuam esse statuunt.

1. Quia post rescissam vsucapionem ex quo tempore demum hæc actio competit, factamque restitutionem datur actio rescissoria veteri domino, remota iam vsucapionis causa, quæ illi, quo minus, vt ante, dominus esset, obstabat: hac autem remota necesse est ei perpetuo competere actionem, vt prius, quamdiu dominus fuit. Idque etiam restitutionis in integrum vis atque effectus satis arguit: Restitutione enim in integrum sic omnia in pristinum statum restituuntur, vt perinde sit ac si nunquam res vsucapta fuisset. Cui consequens est, quod sicut domino prius actio in rem perpetua competiit, ita quoque nunc post restitutionem non annalis & temporalis, sed perpetua actio competat.

2. Accedit huic quod actiones omnes in rem cæteræque rei persecutoriæ sint perpetuæ, nec anno finiantur, etiamsi prætoriæ fuerint *pr. Inst. de perpet. & temp. act.*

Contraria sententia, quod actio rescissoria sit annalis & animo finiatur, probatur primo. *§. rursus ex diuerso. Inst. de act.* vbi actione rescissoria intra annum rem peti Iustinianus scribit: *Permittitur,* ait, *domino si possessor Reip. causa abesse desierit, tunc intra annum rescissa vsucapione eam petere.*

2. Et *in l. 35. ff. de obligat. & act.* dicit Paulus: *cum actio rescissa vsucapione redditur, anno finitur.* Quo nihil clarius pro sententia nostra dici posset. Et ratio etiam, ob quam hæc actio non debeat esse perpetua, hic à ICto subiicitur, quod nempe contra ius ciuile detur: nam cum iure ciuili absentis bona vsucapta & vsucapienti legitime acquisita fuerint, hæc autem actio ad bona ista vsucapienti auferenda spectet, ideo visum est eam non perpetuo viuere, sed animo finiri & extingui, cum alias satis videretur durum esse, id quod legitime alicui acquisitum fuit, absque culpa eius & facto rursus eidem auferri.

3. Denique confirmatur hæc eadem sententia, *l. ab hostibus. 18. Cod. de postlim. reuers.* in qua bona dicuntur intra annum restitui experientibus actione rescissoria.

Nec quicquam sententiæ huic nostræ detrahit, quod ad fundamenta hactenus adducta respondet Donellus, annum illum, cuius in adductis textibus fit mentio, non esse rescissoria, sed rescindenti remedio præfinitum, atq; hoc velle Imperatorem, quod actio rescissoria detur, cum intra annũ rescissa fuerit vsucapio.

Respon-

Respon. hæc quippe Donelli assertio subsistere non potest, propterea quod de actione, quæ datur resc ssa vsucapione, Paulus ICtus *in d.l. 35.* expressis verbis scribit, quod anno finiatur.

Ad *primum* Donelli argumentum respondeo, rescissa per prætorem vsucapione, ipsam non tolli ipso iure & directo, neque dominium, quod antea habuerat is, cuius res vsucapta erat restitui, alias enim non opus fuisset prætoria hac actione, sed directa ei competeret. §. 4. *Instit. de act.* non igitur ipsam vsucapionem prætor rescindit, nec Dominium restituit, quod facere nulla ratione potest, *pr. Inst. de bonor. poss.* sed vim tantum & effectum vsucapionis rescindit, rescissoriamque actionem tribuit, per quam rem reuocet eiusque reuocatæ dominium recipiat.

Ad *secundum* respondetur, regulare quidem esse, vt actiones rei persecutoriæ, quantumuis prætoriæ, perpetuæ sint, verum cur hæc actio rescissoria, quæ itidem realis & rei persecutoria est, anno finiatur, ratio paulo ante ex ICto Paulo adducta fuit, hæc scilicet, quia contra ius ciuile detur; ideo autem detur contra ius ciuile, quia pertinet ad rem, vsucapienti legitime acquisitam iure ciuili, auferendam.

Lit. G. Reuocatur porro res à præsidente etiam precio non restituto *l. 7. in verb. Proculus existimat, omnimodo restituendum esse fundum etiamsi precium non soluatur. Et rescriptum est secundum Proculi sententiam. ff. quæ in fraud. credit.* Cui repugnare videtur, quod de rei in fraudem patroni à liberto alienatæ scriptum est, eam sic reuocari vt iustum precium soluatur accipienti *l. 1. §. 11. ff. Si quid in fraud. patron. Si quis in fraudem patronorum rem vendiderit, vel locauerit, vel permutauerit, quale sit arbitrium iudicis, videamus. Et in re quidem distracta deferri conditio debet emptori, vtrum malit rem emptam habere iusto precio, an vero à re discedere precio recepto.*

Sed sciendum est aliam esse rationem actionis Paulianæ, de qua impræsentiarum & aliam Fabianæ vel Caluisianæ, quæ datur de rebus, in fraudem patroni alienatis: Rationem d fferentiæ hanc assignat Cuiacius, quod edictum prætoris de actione Pauliana notat eum nominatim qui quid cum fraudatore gessit, cum fraudem non ignoraret, id est, cum esset particeps doli.

At edictum de actione Fabiana vel Caluisiana eum non notat, sed libertum tantum qui quid fecit in fraudem patroni, quo minus debita portio ad eum perueniret quod & verba edicti ostendunt, proposita initio *legis 1. ff. si quid in fraud. patroni.*

Et ideo etiam ei, qui sciens à liberto rem emit, precium restitui oportet, quia non notatur edicto.

Et hoc sibi volunt postrema verba *d. l. 1. §. 11. Maxime cum de dolo eius non disputetur, sed de dolo liberti.*

Precium igitur non est restituendi emptori qui rem alienatam sciens à debitore comparauit; Nisi fortassis nummi adhuc apud deb torem extent, nec ab eo consumpti sint *l. 8. Digest. quæ in fraud. credit.* vbi Venu'ejus subiic t: *Ex his colligi potest ne quidem portionem emptori reddendam ex precio; posse tamen dici eam rem apud arbitrum ex causa animaduertendam vt si nummi soluti in bonis essent iubeat eos reddi, quia ex ea ratione nemo fraudetur.*

Postremo datur hæc actio interdum non aduersus eum qui à fraudatore rem accepit; sed contra ipsum fraudatorem *l. 1. pr. in verb. idque etiam aduersus eum qui fraudem fecit, seruabo. Digest. quæ in fraud. cred.*

Tunc autem fraudator, siue debitor, & non is qui à fraudatore accepit, conuenitur Pauliana actione, quando res ipsa amplius restitui nequit: Quod etsi olim Melæ displicuerit, propterea quod iniquum videretur ex ante gesto actionem dati in eum, cui bona essent ablata: Venulejus tamen *in l. vltim. §. vlt.* contrarium asseruit eo quod prædicto casu non tam emolumentum actionis intueri debeamus, quam pœnam eius, qui bonis est exutus.

Lit. H. Hactenus de tribus beneficiis atque remediis quibus creditoribus contra creditores prospectum est; nempe de immissione in bonorum possessionem de cessione bonorum, & de Pauliana actione, prout satis esse videtur, dictum est.

Sequitur nunc quartum remedium, separatio videlicet bonorum, quo creditores impetrant vt bona defuncti debitoris separentur à bonis heredis ære alieno grauatis.

Hinc Duaren. *tit. de separatione bonorum cap. 1.* definit separationem quod sit bonorum hereditariorum ab his, quæ heredis sunt auctoritate prætoris facta discretio.

Etenim si defunctus reliquerit plures creditores; heres ipsius itidem habuerit creditores ita vt soluendo non sit; tunc si omnes creditores tam defuncti quam heredis, deberent esse coniuncti, facile fieri posset vt non omnibus satisfieret. Vt igitur defuncti creditoribus consulatur, inuentum est remedium separationis bonorum defuncti & heredis Zas. *ad rubr. ff. de separat.*

Separatio porro bonorum non fit ipso iure, sed à magistratu, prætore videlicet aut præside prouinciarum impetrari debet. *L. 1. pr. & §. de his autem 14. ff. de separat. bonor l. 2. C. de bon. author. iud. possid.* Concedit autem prætor eam cognita causa & interposito decreto *d. l. 1. pr. ff. de separat. bonor.*

Impetranda autem & petenda est bonorum separatio mature & antequam bona defuncti misceantur bonis heredis: Confusione quippe & commixtione facta, separatio amplius fieri non potest. Verbi causa; Titius cum vita fungeretur & multos reliquisset creditores, heres Flaccus adiuit hereditatem cui & ipsi erant creditores. Iste heres commiscuit bona defuncti cum suis, pecuniam defuncti commiscuit cum sua pecunia, conflauit argentum argento, frumentum confudit cum frumento suo; & sic etiam cum aliis fecit, quæ possunt confundi. Creditores defuncti postea petierunt separationem bonorum defuncti à bonis heredis; Sed ICtus *in l. 1. §. 12. ff. de separat.* respondet, separationem non concedi, non quidem quod hoc casu prohibita sit iure separatio, sed quia obstat impedimentum naturæ. Quod si tamen adhuc res quædam supersint distinctæ & inconfusæ, illarum fieri separationem dubitandum non est, cum nec natura sit impedimento, nec iuris ratio obstet.

Sed hic circa finem huius thesis mouetur difficilis & intricata quæstio, an videlicet, si pupillus patris hereditate se abstinuerit & sic sua bona separauerit, creditores patris substitutum conuenire possint? Quæ quæstio tractatur *in l. paterfam. 28. ff. de reb. auct. iud. possid.* Casus illius legis à Zasio talis formatur. Pater instituerat filium impuberem & substituerat ei pupillariter Flaccum, dicens.

Quær. 30. *Si pupillus patris hereditate se abstinuit, an creditores patris substitutum conuenire possint?*

Si filius meus intra tempora pupillaria moritur, tunc Flaccus sit heres substitutus filius impubes cum suis forte tutoribus abstinuit se ab hereditate paterna; erant enim bona paterna obruta ære alieno, & si pupillus non est

heres,

heres saltem cum effectu. Huic obuenit pupillo alia hereditas, fortasse à matre sua, vel à cognatis suis, vel ab amicis. Istam hereditatem cum acquireret, quia fuit opulenta, moritur intra pupillarem ætatem, quo casu iam substituto Flacco locus datur qui succedit in bona pupilli; Quæcunque bona acquisiuerat & habnerat pupillus ista iam deuoluuntur ad substitutum. Interea creditores paterni vendiderunt bona paterna, vel hereditatem ipsius iacentem sed ipsis è bonis paternis non poterat satisfieri, vnde volunt habere regressum aduersus substitutum pupilli contendentes, quod cum Flaccus sit substitutus pupilli & acceperit bona pupillaria quod etiam debeat satisfacere creditoribus paternis quia bona pupilli ita non possint separari à bonis paternis.

Et pro hac sententia adducitur ratio: Constat, testamentum patris & filii esse vnum testamentum, quapropter debet etiam vna esse hereditas filii & patris: porro inciuile est hereditatem partim amplecti & adire velle, partim repudiare. Quocirca substitutus non potest bona pupilli amplecti & patris repudiare; ac consequenter cum bona paterna & bona filii separationem non patiantur, cogetur substitutus creditoribus paternis satisfacere.

Sed hac ratione nihil motus ICtus Venuleius pro substituto concludit, quod scilicet à creditoribus hereditariis conueniri aut molestari nequeat. Tum quia certum est quod si pupillus viueret non teneretur creditoribus paternis: Ergo ipso mortuo heres ipsius non debet teneri: Tum quia bona paterna sola respiciunt creditores: Substitutus autem nihil de bonis paternis attingat: Tum denique quia certum est, quod creditores paterni nihil iuris habeant in bona pupilli, sed licet pupillus postea acquisiuisset aliam hereditatem, hoc nihil ad creditores spectet, quia si pupillus omisisset eam hereditatem, hoc non attulisset commodum creditoribus, vnde necillis substitutus tenebitur.

1. Sed tamen sententiæ huic obstat superior dubitandi ratio quod nempe patris & filii sit vnum testamentum, & vna hereditas, ac consequenter fieri non possit vt substitutus filii hereditatē adeat, spreta ac repudiata patris hereditate.

2. Sic etiam eidem conclusioni non parum resistit, quod substitutus qui semel paternam hereditatem adiit, pupillarem hereditatem aspernari non possit *l. quidam. C. de iure delib.* vnde videtur dicendum, tnec eum, qui hereditatem patris repudiauit posse pupilli hereditatem adire: Correlatorum siquidem eadem intelligitur esse ratio.

3. Refragatur eidem decisioni & hoc, quod si hereditas paterna non adita fuerit, ac propterea testamentum patris conciderit, etiam substitutio pupillaris ac testamentum impuberis necessario concidat *§. liberis autem s. 1 de pupill. substitut.* adeoque consequendæ hereditatis via nulla amplius substituto pateat.

4. Insuper non parum etiam aduersari videtur *l quæsitum. § fui autem ff. de acquir. heredit.* dum enim illic dicitur, substitutum si ex parte institutus sit, spreta hereditate patris posse impuberis hereditatem amplecti; videtur ex hoc inferendum, quod, si ex asse institutus esset, idem facere substituto non permittatur.

Sed non est quod quenquam hæc argumenta à posteriori sententia dimoueant. Nititur enim aperta Venuleij decisione *in d. l. 28. ff. de reb. auctorit. iud. poss. d.* & rationibus ibidem adductis.

Fundatur deinceps *in l. 42. ff. de acquir. hered.* vbi in hæc verba scribitur: Si pupillus paterna hereditate se abstinuisset, deinde ei aliquis heres extitisset: Non

esse eum compellendum creditoribus paternis respōdere, nisi substitutus fuit: Inclinat enim in hoc, vt putet, substitutum etiam patris onera subiturum, quæ sententia à Marcello recte notata est; impugnat enim vtilitatem pupilli, qui ipse saltem potest habere successorem: Metu enim onerum patris timidius quis etiam impuberis hereditatem adibit &c.

Nec huic refragatur, quod testamentum & hereditas vna sit patris & filii: Ad hoc enim respondetur, patris & filii vnum quidem testamentum esse recte dici: non vero vnam hereditatem: quod enim duæ contineantur in pupillari substitutione hereditatis, vna patris, altera filii, ipse Iustinianus clare testatur, *in* §. 2. *Inst. de pupill. substit.* hoc modo scribens: *Igitur in pupillari substitutione secundum præfatum modum ordinata, duo quodammodo sunt testamenta: Alterum patris, alterum filij, tanquam si ipse filius sibi heredem instituisset: Aut certe vnum testamentum est duarum causarum, id est duarum hereditatum.* Adhæc certo respectu dicitur vnum testamentum, ratione scilicet solennitatū ordinationis, non etiam ratione hereditatis, in eo delatæ; id quod particula quodammodo, qua ibi Iustinianus vtitur, clare significare videtur. Male igitur huc accommodatur illa regula, quod nemo partem hereditatis adire, & partem eiusdem hereditatis repudiare queat.

Ad secundum respondetur argumentum istud procedere à separatis & diuersis: Alia siquidem conditio est eius qui adit hereditatem patris, & illius qui adit filii hereditatem: Ille enim hereditatem filii non potest repudiare *l. qui patris. Dig. de acquir. hered.* Hic vero hereditatem patris repudiare potest *l. si filius patris. D. de vulgar. & pupill. substitut. l. quæsitum. cum duab. seqq. Digest. de acquir. hereditat.* Ratio autem diuersitatis ac differentiæ huius in eo consistit quod singulari fauore pupilli sit receptum vt possit eius substitutus, hereditate patris spreta, ipsius adire hereditatem, eo quod expediat pupillo habere successorem: quæ ratio adducitur *in d. l. 42 ff. de acquir. hered.*

Ad Tertium respondetur negando consequentiam, quod enim non concidat pupillaris substitutio quando pupillus se patris hereditate abstinuit, comprobat *d. l. 42. pr. Digest. de acquir. hered. & d. l. 28 Digest. de rebus auctorit. iudic. possidēd.* Et ratio est quod nuda existentia sui heredis confirmet tabulas pupillares, ita vt licet pupillus se hereditate patris abstinuerit, pro eo tamen habeatur, ac si heres patri fuisset ac conditio pupillaris substitutionis impleta fuisset, contra vero conditio vulgaris substitutionis defecisset. vide quæ de hac quæstione prolixe tractaui *in disput. 11. thes. 7. q. 40. volumin. poster.*

Nec quicquam contra faciunt quod *in l. 2. §. 1. versic. adeo. & l. 10. §. 4. Digest. de vulgar. & pupill. substitut.* vbi traditur quod non adita patris hereditate, pupillares tabulæ corruant: Nam illi textus de eo casu accipiendi sunt, quo extraneus à patre institutus fuit, filio impubere exheredato: Tum quia satis idipsum innuit verbum *adita*: quod ad filium eundemque suum heredem referri non potest §. 5. *Inst. de hered. qualit. & differ.* Tum etiam quia illud disertis verbis exprimitur *in d. l. 10. §. 4.*

Ad quartam & vltimam rationem respondet Vanderanus, *in d. l. quæsitum. § sui autem.* In præsenti casu extraneum non esse institutum, sed substitutum duntaxat. At vero *in d. l. quæsitum in fine* extraneum & institutum fuisse & substitutum pupillo quo sane casu multum interfit, vtrum ex asse scriptus sit, an vero ex parte, vt quidem hac ratione repudiata paterna ad pupillarem hereditatem

tatem patet via, adita tamen à cohærede hereditate: illa vero ob vtriusque repudiationem & voluntatis paternæ infirmationem nulla ratione. Nullus namq; ibi confirmandæ pupillaris substitutionis modus reliquus fuit: Nec enim per aditionem, cum hereditatem nullus agnouisse proponatur: Nec etiam ob vinculum iuitatis pupillares tabulæ redditæ sunt firmiores: Nam regulæ superius traditæ, dato extraneo herede, non est locus; secus si non alius, quam suus heres institutus proponatur.

RESOLVTIO THESIS Sexta.

Pluribus eiusdem debitoris creditoribus existentibus, quando ad bonorum distractionem ventum est, nec bona ista æri alieno debitoris sufficiunt, quæri solet, vtrum vnus alteri præferri, an vero omnes eiusdem conditionis haberi debeant?

Eademque quæstio etiam tunc moueri solet, quando de pignore distrahendo agitur: Nam & pignus, si debitor nō soluerit, distrahi posse constat ex *tot. tit. C & ff. de distract. pign.* non solum tunc cū de pignoris distractione conuenerit, sed etiam cum nihil de eo conuenerit §. *Inst. quib. alien. licet vel non.* sed ita tamen vt tribus distinctis vicibus de solutione facienda admonitus sit debitor, & ab ista trina admonitione seu interpellatione biennium elapsum fuerit. Sed hoc posterius in controuersiam vocatur. Donellus quippe in hac est sententia, quod, facta trina interpellatione, statim pignus distrahi possit nec biennium expectari necessum sit: In hanc autem sententiam sequentibus fundamentis mouetur.

1. In *l. si cessante. C. de distract. pign.* dicitur pignus rectè vendi, si cessante solutione venditum sit. Ex quo intelligitur pignus statim vendi à creditore posse, simulatq; pecunia deberi cæperit, neque soluatur,

2. Id quod adeo verum declaratur aliis rescriptis, vt quamuis creditor non interpellato debitore, vt solueret, pignus distraxerit, tamen placeat ratam esse venditionem, si distraxerit, priusquam debitor pecuniam offerret, *l. prim. Cod. de distract. pignor.*

3. Quin etiam *in d. l. 4. ff. de pignor. act.* ad hoc, vt pignus distrahi queat, nil amplius requiritur, quam vt post denunciationem factā cessarit debitor, & moram in soluenda pecunia fecerit.

4. Idemq; & euidens ratio suadere videtur, quod nempe, si tanto tempore creditor expectare cogeretur, antequam pignus distraheret, ei pignus prope inutile constitueretur.

Pro contraria opinione, quæ etiam meo iudicio verior est, facit textus *in l. fin. C. de iure domin. impetrand.* in quo scriptum est, creditorem suo iure pignus distrahere posse, si ab eius interpellatione & iudicis sententia biennium intercesserit, & quod etiā de eo casu, quod de pignore distrahendo nihil conuenit, ibi Iustinianus disserat, ex verbis constitutionis manifestissimum esse puto. Verba hæc sunt: *Sancimus, si quis rem creditori suo pignorauerit, si quidē in pactione cautum est, quemadmodum debet pignus distrahi, siue in tempore, siue in aliis conuentionibus, ea obseruari de quibus inter debitorem & creditorem conuentum est. Sin autem nulla pactio intercesserit licentia dabitur feneratori ex denunciatione vel ex sententia iudiciali post biennium, ex quo attestatio missa, vel sententia prolata est, numerandum, eam vendere.*

Respondet quidem Donellus hanc *l. fin.* non generaliter de quouis creditore agere, sed de eo, qui ius dominii impetrare velit, hunc post denunciationē factam bienniū adhuc expectare oportere, adeoq; bienniū istud non distractioni pignoris, sed dominii impetrationi præfinitū esse: Tū quia Iustinian. *in princip. illius l.* præfatur, sed de eo acturum: credi-

creditore, qui ius dominii impetrare velit, iure autem nostro sic compatatum vt responsio generalis ad interrogatum referri debeat, vt non amplius quisquam respondisse intelligatur, quam de quo interrogatus fuerit, §. *praterea. l. de inut. stipul. Tum* etiam quod *d. l. fin.* §. *1.* correctoria sit, cuiusmodi leges non extendi, sed restringi conueniat.

Veruntamen quod de pignoris distractione adductus textus ex *d. l. fin.* §. *1.* loquatur, manifestum est, & ita quidem manifestum, vt nulli penitus dubitationi locus esse possit, ait enim Iustinianus, licentiam dari creditori post biennium rem oppigneratam vendere, non vero dicit, dominium impetrare.

Nec obstat quod Iustinianus *in princ. illius l, & in sequent.* vt & *in toto illo titulo* agat de impetratione dominii: nam vsitatissimum hoc est legumlatoribus, vt quando actum aliquem plenius describere volunt, tam antecedentia quam cōsequentia illius actus, omniaq; per quæ ad istum peruenitur actum, accurate describant: Sic igitur & hoc loco Iustinianus, cum exponere vellet, qua ratione pignoris dominium impetrari oporteat, ostendit, quando res venalis exponi & distrahi debeat, quod antecedens est impetrationis dominii, & dicit, si nulla pactio interuenerit, licentiam fœneratori ex denunciatione vel ex sententia iudiciali post biennium, ex quo attestatio missa, vel sententia prolata est, numerandum eam vendere &c. Ex quibus verbis perspicuum est, hunc in dominio impetrando processum & ordinem obseruandum, vt post ternam denunciationē. vel sententiam iudicialem elapso biennio, possit res vendi, vel venalis exponi: quo facto si nullus se offerat emptor, tū post factam iterum denunciationem & ab expectato biennio, dominium creditor impetret.

Ad *l. cessante. l. prius. C. de distract. pign. & l. 4. ff. de pign. act.* respondetur, eas omnes, & si quæ sint præterea, alias abrogatas & emendatas esse, *d. l. fin. C. de iur. dom. impetr.* Nam illic Iustiniano propositum fuisse ius nouum proponere & vetus emendare ex *princ.* & §. *1.* illius constitutionis abunde relucet.

Ad rationem vero ex Donello postremo loco allegatam respondeo, cum distractio pignoris magno præiudicio debitoris sit coniuncta, eumque rei suæ dominio priuet, quod tamen inuito domino auferri naturalis ratio prohibet, *l. 11. ff. de reg. iur.* idcirco, ne maturius domini rerum suarum dominio defraudentur Iustinianus recte constituit, vt non protenus ad distractionem rei pignoratæ perueniri posset, moram debitore committente, sed spacium quoddam debitor habeat, intra quod soluere & pignus redimere possit, quod vtique æquitati & benignitati maxime conuenit. Interim tamen pignus non est creditori inutile sed ipsum de credito suo recipiendo securum reddit.

Cæterum quando in concursu creditorum de distrahendis bonis debitoris agitur, pro regula tenendum est, omnes creditores simul concurrere, eiusdem esse conditionis, nec vnum alteri præferri. quæ regula fundatur *in l. 6. Cod. de bon. author. iud. possid.* Et procedit etsi diuersi sint tempore, vnius debitum prius & antiquius sit alterius debito. Non enim qui pecuniam priore loco credidit, sed qui prior ius pignoris adeptus est potior censetur: Ita quippe Gaius expresse scribit *in l. 11. pr. ff. qui pot. in pign.* Potior est in pignore, qui prius credidit pecuniam & accepit hypothecam, quāuis cum alio ante conuenerat, vt si ab eo pecuniam accepetit, sit res obligata, licet ab hoc postea accepit &c. Vnde priuilegium prælationis non ex prioritate debiti siue crediti, sed ex prioritate hypothecæ æstimari debet: Et hoc est quod Lit. B.

Paulus

Paulus scribit *in l.32.ff.de rebus auctorit.iud. possidend.* priuilegia creditorum non ex tempore æstimari, sed ex causa. Et si eiusdem tituli fuerint creditores licet diuersitas temporis in his fuerit.

Quæ.31. *Si plures creditores par precium offerăt, quinam cæteris in venditione pignoris præferri debeat?*

In venditione cum creditores par precium offerunt, quinam cæteris præferendus sit tum quæritur. Et de hac re extat textus, sed valde obscurus *in l. cum bona Digest.de verb.auctorit. iudic. possid.* quæ ita sonat. *Cum bona veneunt debitoris in comparationem extranei & eius, qui creditor cognatusue sit, potior habetur creditor cognatusue: Magis tamen creditor quam cognatus: Et inter creditores potior is, cui maior pecunia debetur.*

Sententiam horum verborum hanc esse dicit Vdalricus Zasius, quod pari numero debiti, præferantur cognati creditoribus non cognatis; & inter creditores non cognatos is preferatur, cui maior debetur pecunia: Casum eiusmodi fingit: Titii debitoris bona vendebantur per licitationem, quo casu venerat Flaccus, qui erat creditor debitoris in decem & erat etiam eiusdem cognatus, volens emere bona quædam. Cum eo concurrit quidam Valerius, qui etiam erat creditor debitoris quique & ipse volebat eandem rem emere pari precio, quæritur vter præferatur? ICtus respondet Flaccum præferri, vtpote cognatum & debitorem, qui plus momenti habeat, quam alter Valerius, qui erat tantum creditor & non cognatus: Quod si autem ponatur Flaccum non fuisse debitorem creditoris, sed tantum cognatum & Valerium cum eo concurrere: respondet ICtus hoc casu præferri creditorem cognato, qui non erat creditor. Rursus si fingatur nullum esse cognatum qui velit emere bona debitoris, sed omnes esse creditores non cognatos, putat ICtus in hoc casu eum præferri, cui maior pecunia debetur.

Quocirca hoc modo statuendum erit: si cognatus debitoris, qui simul sit eiusdem creditor cum aliis concurrat creditoribus ipsum esse præferendum omnibus creditoribus non cognatis in rei distractæ emptione. Sin cognatus, qui non sit creditor, cum creditoribus concurrat, creditores præferri cognato. Sin cognatus nullus sit inter creditores, eum præferri cæteris, cuius maius sit debitum.

Cæterum hæc interpretatio plane displicet Antonio Fabro ipseque relecta Accursii & Zasii opinione, statuit; ICtum *in d. l. Cum bona.* non de creditoribus duntaxat & cognatis, sed etiam de extraneis loqui, quando ait: In comparationem extranei & eius qui creditor cognatusue sit; ita vt comparetur creditor & cognatus cum eo, qui extraneus, hoc est, qui neque creditor sit, neque cognatus: Ita vt velit ICtus extraneo non creditori præferri creditorem vel cognatum, cognato tamen creditorem. Idque propterea quod iuri creditoris in præsenti negocio nihil possit addere ius cognationis. Cum maxime Caius etiam non ita loquatur vt eum, qui creditor cognatusque sit, præferendus sit ei, qui non nisi creditor sit, sed ex cõtrario scribat, extraneo, id est ei, qui neq; creditor, neque cognatus sit, præferri eum, qui sit creditor aut cognatus. Denique ait Ant.Faber, nullum in tota lege verbum esse, quo probari possit, potiorẽ esse causam eius, qui creditor cognatusque sit, quam eius qui sit creditor tãtum cum Caius de creditore & cognato non coniunctim loquatur, sed disiunctim his verbis *creditor cognatusue.*

Sed hisce fundamentis non ita moueor vt à Zasii sententia vllatenus recedendum existimem. Quod enim primò dicit Faber, per extraneum *in d.l.cum bona.* intelligendum esse illum, qui neque sit creditor neque cognatus; adeoque

 creditori

creditori & cognato opponi ibidem extraneum, id veritati minus congruere arbitror: Nec enim video, quanam ratione non-creditor respectu creditoris extraneus dici possit? Nec quicquam vrget quod non coniunctiue, sed distinctiue loquatur Gaius, nec dicat *creditor cognatusque*, sed *creditor cognatusue* Nam ad hoc facile respondetur ex *l. sæpe ff. de verbor. obligat.* sæpe accidere vt distincte pro coniunctis & coniuncta pro disiunctis ponantur. Per extraneum igitur intelligit Gaius creditorem non-cognatum. Et sane longe rectius cognato, quam creditori, extraneus opponitur; per creditorem cognatumue significat ICtus creditorem qui simul etiam sit debitoris cognatus.

Cæterum hæc ita cum de bonorum emptione à creditoribus facienda, agitur, sed quando de exsoluendis debitis tractatur regulariter, vt supra dictum fuit creditores paris sunt conditionis nec alter præfertur alteri.

Interdum tamen accidit vt vnus alteri præferatur; id quod accidit dupliciter, vel propter hypothecam vel propter personale priuilegium.

Rursus propter expressam hypothecam præfertur quis tripliciter. 1. Aut in concursu cum personali creditore. 2. Aut quia prior est tempore. 3. Aut quia res sua pecunia comparata ipsique obligata fuit.

In concursu cum personali creditore eum qui habet hypothecam in concursu cum personali creditore ipsi præferri, dubitandum non est: Pro hoc siquidem extat textus *in l. 9. Cod. qui pot. in pign.* vbi Impp. hæc in verba rescribût: *Eos qui acceperunt pignora, cum in rem actionem habe nt, priuilegiis omnibus, quæ personalibus actionibus competunt, præferri constat.* Verissimum proinde & indubitatum est iuris principium eum creditorem, qui hypothecam habet in concursu præferri cæteris non tantum Chirographariis creditoribus, sed etiam illis qui priuilegium personale habent, ex ratione *in d. l. 9.* expressa, quia Ius reale potius debeat esse iuri personali.

Illud certum est quod iure communi is qui publicam habet scripturam & in ea hypothecam omnium bonorum, præferatur illi qui habet scripturam & in ea hypothecam anteriorem. Expresse siquidem hoc cautum est *in l. 11. Cod. qui pot. in pign.* cuius isthæc sunt verba: Sin autem ius pignoris vel hypothecæ ex huiusmodi instrumentis vindicare quis sibi contenderit, Eum qui instrumentis publice confectis nititur præponi decernimus, etiamsi posterior is contineatur. Nisi forte probatæ atque integræ opinionis trium vel amplius virorum subscriptiones iisdem idiochiris contineantur: Tunc enim quasi publice confecta accipiantur.

De hac porro constitutione *d. l. 11.* an ne in foro Saxonico etiam locum habeat quæritur? Et sane dicendû omnino videtur quod locus ei quoad mobilia bona concedi debeat, propterea quod iure Saxonico dispositio istius *l. 11.* sublata aut mutata non reperiatur arg. *l. præcipimus. C. de appellat.* Cum iura prouincialia extra casus in iis expressos non sint extendenda, cum stricti iuris sint & casus in iis omissos dispositioni iuris communis relictus esse censeatur arg. *l. quicquid adstringendæ ff. de verb. obligat.* Et ius etiam Saxonicum quoad eius fieri potest secundum iura communia intelligi debeat.

Verum Daniel Mollerus *1. semestr. 3.* ait se non meminisse in iudicando id obseruatum esse, sed indistincte eum, cui extra iudicium in scriptura siue publica, siue priuata bona debitoris pignori prius obligata reperiebantur, posteriori prælatum fuisse: nisi forte fraudis aliqua suspicio subesset, eaque probaretur.

Equi-

Equidem iure Saxonico immobilia bona non aliter hypothecari possunt, quam si id iudicialiter fiat, coram iudice illius loci in quo res sitæ sunt; quod propterea receptum ne eadem res immobilis pluribus vendatur; Vnde quæstio proposita, de iure Saxonico, in rebus saltem mobilibus, non autem in immobilibus, quarum nulla extra iudicialis hypotheca esse potest, locum sibi vindicat. Quod porro iure Saxonico non valeat extraiudicialis rerum immobilium hypotheca, aperte constitutum est *in artic. 8 artic. 21. & art. 25. lib. 1.* Landtrecht. & confirmatum quoque est aperta Electoris Saxoniæ constitutione *23. pa. 2.* quæ sic habet. Wiewol nach gemeinen Rechten ein jeder seine Güter ohne Gerichtliche Insinuation oppignoriren vnd verpfänden kan/ so ist doch solches der örter / da Sächsisch Recht gehalten/ durch langwirigen gebrauch anders eingeführt / Nemlich/ daß die Specialverpfändung vnbeweglicher Güter / oder aber auch / wañ sie gleich general vñ algemeine auff alle Güter gerichtet / für der Obrigkeit / vnter welcher sie gelegen / oder auch den Lehenherrn mus insinuirt werden/ sonsten aber vnkrafftig sey. Vñ dieses hat vernünfftige Vrsachen/ damit ein Gut nicht vielen versatzt / vnnd also die Leute betrogen werden / Jedoch wo einer ein Gut absque insinuatione verpfändet / vnnd es wollens seine Erben wieder haben / vnd den Pfandschilling nicht wieder erstatten / derer Vrsachen daß die oppignoratio nichtiger weise geschehen / so seynd sie nicht zu hören / sondern den Pfandschilling gegen einreumung das Guts zuersetzen schuldig.

Wann auch ein Gläubiger für zween oder drey Zeugen / oder durch auffrichtung eines Vertrags / so mit etlicher händeler Siegel bekräfftiget/ hypothecam generalem oder specialem constituiren würde / So soll es auch für ein hypothecam geachtet / vnnd allen Chirographariis creditoribus vorgezogen werden. Es sollen aber die Gerichtliche verpfändunge allen andern hypothecis so nicht coram Iudice geschehen/ fürgehen / vngeachtet / ob die andern der Zeit halber älter weren. Wann auch bona emphyteutica oder censitica Erblehen oder Erbzinsgüter / daruber ein Vnterthan einen Lehenherrn erkennen muß / oder die er sonsten in Lehen zuempfangen pfleget / versetzet vnnd verpfändet / sollen dieselbige anderer Gestalt nicht / dann mit gunst oder bewilligung der Erb oder Lehenherrns hypothecirt werden / vnnd ohne das die Verpfandung gantz nicht stadt haben. Farnuß vnnd bewegliche Güter / der einer mächtig / mag einer auch auff Sächsischen boden / ohne dermassen insinuation / jemands zum Vnterpfande wol verschreiben / darnach sich vnsere Iuristen Faculteten vnnd Schöppenstüle / in Verfassung der Vrtheil/ zurichten haben.

Etsi vero iure Saxonico rerum immobilium obligatio sine iudiciali hypotheca non valeat: Vnicum tamen casum excepit modo allegata Electoralis constitutio, quo videlicet coram duobus vel tribus testibus constituitur hypotheca, vel instrumento transactionis ab illis, quorum opera interueniente, transactio facta est vtpote quibus plus etiam, quam testibus credendum est, signato.

Hanc enim valere voluit Elector & omnibus Chirographariis, etiam tempore prioribus, præferri.

Hinc igitur quæri potest, si quis bona sua vni obligauerit coram duobus vel tribus testibus & promiserit iurato se

se deinceps nulli alii, neque in iudicio neque extra iudicium obligaturum & nihilominus postea alteri in iudicio obligauerit, an & hic priori præferendus sit hic posterior iudicialem hypothecam habens? Pro Negatiua sententia hæc ratio facit, quod actus contra iuramentum de non faciendo, etiamsi cum iuramento fiat, ipso iure nullus sit, Couarruu. *in cap. quamuis. part. 2. §. 2. de pact. in sext.*

Verum contrariam sententiam, vtpote veriorem amplectitur Daniel Mollerus. Tum propter verba expressa constitutionis, quæ generaliter ac sine distinctione hypothecas in iudicio contractas omnibus aliis, quæ coram iudice constitutæ non sunt, quantumuis tempore prioribus præfert. Tum quia ratio in constitutione expressa non minus in proposito casu militat. Quin etiam expeditior esset hæc via fallendi homines prætextu iuramenti. Tum etiam quia iuramenta in alterius damnum redundare non debent. *cap. quamuis de pact. in sext.*

Lit. D. Secundo ratione prioritatis dixi creditorem propter expressam hypothecã cæteris præferri. Hinc quisnam dicatur prior quæritur? Et supra monui priorẽ nõ eum dici, qui prior pecuniã credidit, sed prior ius pignoris nactus est, nec ius prælationis, quod ex prioritate resultat, ex credendi, sed ex pignoris adipiscendi tempore æstimari oportere: Vnde etiam non ita simpliciter concipienda est regula qui è creditoribus prior est tẽpore potior est iure: sed hoc modo formanda est; qui in pignoris causa prior est tempore is cæteris potior habetur *l. 2. l. 8. & l. 11. C. qui pot. in pign.* Franciscus Hot. *in epit. iuris. ciuil. tit. qui pot. in pign.* Donell. *ad d. l. 2.*

Et sane ratio huius regulæ satis est perspicua: Cum enim pignus semel sit creditori legitime quæsitum, non potest facto debitoris, eandem rem alii oppignerantis, deterius reddi. *l. 15. C. de pignorib.* Donell. & Hotom. *d. loco.*

Et hæc regula procedit non solum in conuentionali, sed etiam in pignore iudiciali siue prætorio quod per immissionem in bonorum possessionem constituitur creditoribus, ita tamen vt si omnes creditores allegant pignus prætorium, tunc si omnes eiusdem sint tituli hoc est eadem ex causa eodemque ex titulo in bonorum possessionem missi; tunc prioritas ista locum non habeat, sed omnes concurrant pariter in pignore. *l. qui autem §. sciendum. l. pupill. Digest. qua in fraud. credit.* ita vt si vnus è pluribus se mitti postularit cæteris quoque omnibus intelligatur prætorium pignus constitutum *l. Cum vnus. ff. de reb. auctorit. iud. possid.* Quod si vero plures eiusdem debitoris creditores diuersis ex causis sint missi tunc locum habet superior regula: quod qui prior est tempore, potior sit iure. Donell. Sichardus & Cuiacius *ad d. l. 2.* Hoc eleganter confirmatur per textum in ea *l. 2.* in qua hoc modo rescribitur: *Si decreto prætoris, qui de fideicommisso ius dixit in possessionem fundi hereditarii fideicommissi conditionalis seruandi gratia prius inducti estis, quam aduersarius in causam iudicati eiusdem pignus occupauerit, iussu eius qui iure sententiam exequebatur, tempore potiores estis: Nam cum de iure vtraque pars contendit, praualet iure qui præuenit tempore.* Facti species est talis: Is cui relictum est fideicommissum conditionale, pendente conditione, petiit heredem sibi caueri fideicommissi nomine; heres non vult cauere: prætor igitur fideicommissarium misit in possessionem omnium bonorum, quæ in causa hæreditaria fuerũt, vel in possessionem vnius fundi hæreditarii. Deinde prætor vrbanus creditorem hereditarium similiter misit in possessionem rerum hereditariarum, vel eiusdem fundi hereditarii, iudicati seruandi

nandi causa, cum creditor aduersus heredem debitoris defuncti sententiam accepisset: Vterque igitur, & fideicommissarius & creditor prætorium habet pignus ex immissione in possessionem bonorum. Sed quia commissarius antiquius habuit pignus, idcirco etiam præfertur creditori hereditario, vtpote posterius pignus habenti: Ex diuersis autem titulis pignus habebant: Vnus quippe missus erat in possessionem ex causa fideicommissi: Alter ex causa crediti: Quod si ambo fuissent missi ex pari causa, ex fideicommissi, puta, aut ex iudicati causa, æqualiter venissent ad pignus, nec alter præferretur alteri.

Quod si quidam creditorum habent pignus conuentionale, quidam vero prætorium, tum inter eos prædicta seruatur regula & prioritatis ratio habetur. Sichardus *d. loco*.

Cæterum illius regulæ quod qui prior est in causa pignoris præferatur cæteris posterioribus, hanc habet exceptionem, nisi posterior pecuniam priori offerat & eo accipere nolente obsignet ac deponat: Qui pignus inquiunt Imperatores, secundo loco accipit, ita ius suum confirmare potest, si priori creditori debitam pecuniam soluerit aut cum obtulisset isque accipere noluisset eam obsignauit, & deposuit, nec in vsus suos conuerrit, *l. 1. C. qui pot. in pignore*. Idem claris & perspicuis verbis confirmatur *in l. 5. eod. tit. & l. 11. §. fin. ff. qui pot. in pignor.* Quocirca secundus siue posterior creditor potest priori creditori suum debitum soluere; quod si facit, liberat ab eo pignus & iura illius prioris creditoris in se transfert & sibi confirmat: Vnde ille secundus creditor qui priori soluendo in se transtulit iura potiora, potest, si vult, illud pignus pro debito suo & eius à quo causam habet, vendere; ita vt priore creditore nolente accipere solutionem, possit posterior creditor consignare pecuniam & deponere; ita tamen vt patiatur creditor posterior pecuniam manere apud depositarium, nec illam ex deposito auferat & in vsus suos conuertat.

Sicut autem secundus creditor offerre potest primo & ius pignoris tutum ad se transferre *l. Paulus §. qui pignoris. ff. quib. mod. pign. vel hypothec. soluat.*

In eo saltem differentia est, quod secundus creditor, Si velit ius sui crediti firmari, cogatur offerre: At primus non cogatur offerre secundo, quia obligatione etiam non facta, ius satis validum habet *l. 5. C. qui pot. in pign.*

Quod dictum est de secundo creditore quod offerre possit primo & offerendo in se transferat ius primi in eiusdemque locum succedat; idem etiam in remotiore, puta tertio creditore, recipiendum est, quod nempe & ipse offerre queat primo creditori & in ius eius succedere valeat. Quæ sententia confirmatur eo, quod *in d. l. 1. & l. 5. C. qui pot. in pign. l. 11. §. fin. ff. eod.* in genere traditur, posteriorem offerre posse priori, nec distinguitur vtrum posterior ille sit secundus, an sit tertius, an vero remotior.

Accedit deinde & hoc fundamentum, quod ratio, ob quam prior iure suo cedere cogatur, posteriore debitum offerente, æque in tertio vel quarto atque secundo locum habeat: Ratio enim hæc est, quod priori creditori, obligatione debiti ipsi facta, inutilis reddatur actio, cum per eum fiat, ne pecunia ei soluatur *d. l. 11. §. final. ff. qui pot. in pign.*

Et quanquam Donell. ad *tit. Cod. de his qui, &c.* non aliter permittat posteriori secundo, debitum offerre primo, quam si eo pacto soluerit creditori vt in locum eius succederet; aut pignus emerit à debitore ea lege vt precium ad creditorem perueniret, & peruenerit, nullam tamen huius suæ assertionis rationem adducit: eadem igitur facilitate, qua adstruitur,

BBBbb 3 negari

negari potest. Et hæc vera sunt de creditore, ius hypothecæ habente, quod scilicet oblato debito in ius prioris succedat.

Quæ. 32. *An qui hypothecam non habent, offerendo priori creditori in eius locum succedant?*

Sed numquid & illi creditores qui hypothecam non habent offerendo priori creditori in locum eius inque ius hypothecæ succedant? Et placet eos non succedere nisi duobus casibus vno si creditori ipsi soluerit eo pacto vt in eiusdem locum succederet *L. 1. Codic. de his qui in prior. credit.* Altero si creditor hypothecam non habens, pignus emerit à debitore ea lege vt precium ad creditorem perueniret, & illud peruenerit etiam *L. pen. d. tit.* Hæc igitur inter creditores hypothecarios & cæteros, quoad propositum interest, quod illi succedunt ipso iure: At hi vel ex conuentione, vel ex consensu debitoris. Cuiac. *ad tit. Cod. de his qui in prior.*

Cæterum cum prædictis duobus modis succedat creditor in locum prioris hypothecarii; consequens est, quod qui in pignus successit, omnibus creditoribus aliis in eo pignore sit potior, quemadmodum primus creditor esset potior, si pignus retinuisset Donell. *ad d. tit. Codic. de his qui in prior.*

Quæst. 33. *An is, qui priuilegiario creditori soluit, in locum eius succedat?*

Sed hic quæstio mouetur, si quis soluit personalem obligationem mediate vel immediate, anne in creditoris illius priuilegium succedat; cui debitum soluit? verb. causa: Tu eras obligatus mihi in decem pro refectione ædium, vel quia deposui apud te decem & sic ego sum creditor priuilegiatus. Titius ista decem mihi dissoluit nomine tuo, an ipse succedat in priuilegium meum prælationis, sic vt quemadmodum ego respectu istius priuilegii prælatus fuissem cæteris creditoribus, ita quoque Titius præferatur? Et respondet ad hoc ICtus idem priuilegium habiturum esse Titium quod ego prius habui: Verba eius ita sese habent: *Eorum ratio prior est creditorum, quorum pecunia ad creditores priuilegiarios peruenit: peruenisse autem quemadmodum accipimus? Vtrum si statim profecta est ab inferioribus ad priuilegiarios, an vero etsi per debitoris personam? Hoc est si ante ei numerata sit; & si debitoris facta, creditori priuilegiario numerata est? quod quidem benigne potest dici; si modo non post aliquod interuallum id factum sit. l. 24. §. fin. ff. de reb. auctorit. iud. possid.*

Sed quod is qui priuilegiario creditori soluit non succedat per solutionem in locum ipsius probare nititur noster Author per textum *in l. 2. ff. de cess. bonor.* casus ibi propositus & decisus est talis: Titius mutuauerat mihi centum in refectionem domus meæ, & hac ratione habet priuilegium prælationis, vt mox dicetur. Ego, cum egerem pecunia rogaui æs alienum etiam à Flacco: Flaccus mutuo dat mihi centum, sed eo pacto, ea lege vt me liberarem à Titio priuilegiato creditore; ego, prout petitum erat soluo pecuniam mihi à Flacco creditam priuilegiato creditori: Et dicitur hoc casu Flaccus succedere in locum antiquioris creditoris priuilegiati & habere idem, quod ipse, priuilegium.

Ex quo infertur quod creditor creditori priuilegiario soluens debitum in locum ipsius non aliter succedat priuilegioque ipsius vtatur, quam si creditori mediate vel immediate ea lege & conditione soluat, vt in locum eius succedat. Ita enim habet casus *d. l. 2.* modo propositus: Et sic etiam verba eiusdem sonant: *In personalibus actionibus qui postea quidem contraxerint, verum vt pecunia eorum ad priores creditores perueniat, in locum eorum succedunt.* Regulariter itaque & extra casum istum, qui soluit priuilegiato creditori non succedit in locum & priuilegium eius, quod repugnare videtur *d. l. 24. §. vlt. ff. de Reb. auctor. iud. possid.*

Veruntamen quia generalis est regula in ista *L. 24.* clare & perspicue proposita

sita, idcirco ei omnino acquiescendum, est *ad l. 2. ff. de cess. bonor.* respondendum puto, argumentum quod illinc desumitur à contrario sensu concludere, & ideo contra textum *d. l. 24.* apertum nihil omnino concludere.

Equidem Iac. Cuiac. ad *tit. Cod. de his, qui in prior.* idem plane scribit: Item inquiens, succedunt in locum illorum creditorum quos, qui creditores non erant, sua pecunia dimiserunt vt habeant priuilegium in actionibus personalibus, quod habuerunt ii ad quos sua pecunia peruenit: Nam si priuilegiatus fuerit in actione personali, quem dimisi mea pecunia pro debitore, & ego ero priuilegiarius in mea pecunia exigenda, quod aperte ostendit *l. 2. ff. de cess. bon. l. si ventri §. eorum ff. de reb. auct. iud. possid.* Hactenus ille.

Siue igitur priori hypothecario soluat posterior hypothecarius, siue non creditor soluat creditori personali priuilegiario, succedit in locum illius cui soluit; ita vt eadem, qua ille gaudeat prærogatiua, sicq; è posteriori fiat prior.

Hac autem admissa & stabilita exceptione regula superior, quod nempe qui prior est tempore potior sit iure, confirmatur; ita vt locum etiam sibi vindicet quando inter debitorem & posteriorem solum creditorem & pignoris venditione & distractione conuenerit; licet nulla inter priorem creditorem ac debitorem super p gnoris distractione conuentio interposita sit per textum *in l. 12. §. vlt. ff. qui pot. in pign.* cuius verba sese habent: *Si prior hypotheca obligata sit, nihil vero de venditione conuenerit; posterior vero de hypotheca vendenda cōuenerit: verius est priorem potiorem esse: Nam & in pignore placet si prior conuenerit de pignore licet posteriori res tradatur a huc potiorem esse priorem.*

Et ratio etiam huius non admodum obscura est: Nam cum de distractione pignoris quæritur non magna habetur conuentionis ratio; siue enim de distrahendo pignore ab initio conuenerit, siue non conuenerit ab initio, pignus æque distrahi potest *§. 1. I. quib. alien. lic. vel non.* Deinde conuentio ista cum posteriore super pignore vendendo non potest quippiam præiudicare creditori priori, aut ius ipse legitime quæsitum auferre; cum etsi expresse inter debitorem & creditorem conuenisset, vt posterior priori esset potior, non tamen conuentio ista quicquam noceret priori aut iuri eius vel minimum detraheret *l. 27. §. 4. ff. de pact. l. 3. ff. de transact.*

Quin etsi prior creditor per nouationem eadem acceperit pignora, præfata regula locum sibi vindicabit, per textum expressum *in l. 12. §. 5. ff. qui pot. in pignor.*

Sed etsi, prout hac eadem thesi *lit. C.* ostensum est, posterior præferatur priori, quando scripturam habet publicam in eaq; hypothecam sibi constitutam, prior vero habet scripturam saltem priuatam in qua hypotheca ipsi constituta est; si tamen prioris creditoris priuata scriptura à tribus testibus sit subscripta, prior erit potior posteriore publicum etiam instrumentum habente.

Pro qua sententia est textus apertus *in l. 11. C. qui pot. in pign.* vbi Leo Imperator ita scribit: *Sin autem ius pignoris vel hypothecæ ex huiusmodi instrumentis vindicare quis sibi contenderit: Eum, qui instrumentis publice confectis nititur, præponi decernimus etiamsi posterioris contineatur, Nisi forte probatæ atque integræ opinionis trium vel amplius virorum subscriptiones iisdem idiochiris contineantur: Tunc enim quasi publice confecta accipiuntur.*

Etenim scriptura priuata à tribus testibus subscripta per omnia comparatur scripturæ publicæ, vnde etiam quoad probationem & prærogatiuam præcedentiæ idem iuris est in ista priuata scriptura, quod est in publica Sichard. *ad d. l. 11. Cod. d. tit.*

Amplius

Amplius procedit prædicta regula quando prior creditor conditionalis est, posterior vero purum habet creditum. textus *in l. 9. §. 1. ff. qui pot. Amplius* inquit Africanus, *sub conditione creditorem tuendum putabat, aduersus eum, cui postea quicquam deberi cœperit, si modo non ea conditio sit, qu a inuito debitore impleri non possit.*

Et clarius adhuc idipsum exprimit Gaius *in l. 11. §. 1. eod. tit.* dum ita scribit: Videamus an idem dicendum sit, si sub conditione stipulatione facta, hypotheca data sit, qua pendente alius credidit pure & accedit eandem hypothecam: tunc deinde prioris stipulationis existat conditio, vt potior sit qui postea credidisset: Sed vereor num hic aliud sit dicendum, cum enim semel conditio extitit; perinde habetur, ac si in illo tempore, quo stipulatio interposita est sine conditione facta esset, quod & melius est.

Videbatur equidem dicendum, quod in proposito casu, qui posterior iure contraxit, potior esse debeat illi qui prior sub conditione contraxit, propterea quod illius antiquior sit hypotheca, quam huius conditionalis creditoris: Quandoquidem conditionis hic est effectus vt & obligationem & actionem differat; sic vt ante existentem conditionem nec debitum, nec creditum esse intelligatur. *§. sub conditione I. de verb. obligat.* & ideo obligatio & hypotheca illius qui postea, ante tamen conditionem existentem contraxit reuera antiquior esse videatur.

Sed hac ratione non obstante contrarium dicitur *in d. l. 11.* §. 1. & decisionis hæc ratio redditur, quod etsi conditio extiterit post contractum creditoris posterioris, ea tamen sit natura conditionis, vt postquam extitit, retrahatur ad tempus initi contractus & perinde habeatur ac si pure esset contractus initus.

Insuper regulam illam iuris, *qui prior tempore, ille potior iure.* locum habere, etiamsi prior creditor generalem hypothecam tantum, non specialem, posterior autem specialem habuerit, hisce verbis testantur Imperat. *in l. 6. Cod. qui pot. in pignor. Si generaliter bona sint obligata & postea res alii specialiter pignori detur; quoniam ex generali obligatione potior habetur creditor qui antea contraxit, si ab illo priore tempore tu comparasti: non oportet te ab eo, qui postea credidit, inquietari.* Idem quoque confirmatur *in l. 2. ff. eod. tit.*

Quapropter si debitor primo creditori generaliter, omnia sua bona pignori obligauit in quibus fundus fuit Tusculanus: Deinde hunc ipsum fundum secundo creditori obligauit specialiter; placet in hoc fundo potiorem esse primum creditorem, quia idem etiam fundus ei pignori prius obligatus fuit. Continebatur enim generali obligatione pignoris, non minus quam si specialiter obligatus esset *l. vltim. C. quæ res pignori. l. 6. & seq. ff. de pignorib.* prius igitur creditor hunc fundum suo iure & persequi & distrahere potest, non minus quam si in eo pignore solus esset.

Et sane cum per generalem obligationem in ea re quæ postea alii obligata fuit, ius quæsitum fuerit priori creditori; non potuit debitor facto suo & obligatione alteri facta ius istud auferre aut deterius reddere *l. 27. §. 4. ff. de pact. l. 3. ff. de transact. l. id quod nostrum, ff. de Reg. Iur.* Quæ 34.

Sed hactenus dicta ita accipienda sunt, si primo creditori simpliciter bona omnia debitoris pignori obligari sint.

An, si primo creditori specialiter res quædam pignori dentur, postea vero specialiter omnia bona, specialiter ista hypotheca debeat esse contentus?

Aliud vero dicendum quando primo creditori res quædam specialiter pignori dantur, postea vero generaliter omnia bona debitoris, in quibus & ille fundus sit, qui posteriori oppigneratus est, ob ligantur: Hoc enim casu creditor prior habens generalem & specialem hypothecam, speciali hypotheca debet esse contentus, si per eam potest debitum con-

consequi, & idcirco non potest posteriorem creditorem, specialem hypothecam habentem, impedire.

Textus pro hac sententia expressus est *in l. 2. Codic. de pignoribus. Quamuis constet specialiter quadam & vniuersa bona generaliter aduersarium tuum pignori accepisse & aquale ius in omnibus habere iurisdictio tamen temperanda est ideoque si certum est posse eum ex his qua nominatim pignori obligata sunt, vniuersum redigere debitum, ea, qua postea ex iisdem bonis pignori accepisti, interim tibi non auferri prases prouinciæ iubebit.*

Sed huic sententiæ obstat regula superior quod prior tempore præferatur posteriori: Cum igitur, in proposito, is cui prius generaliter obligata sunt debitoris vniuersa bona, in ea etiam re, quæ posteriori specialiter obligata est, priorem habeat hypothecam, eo quod generali oratione compendio sermonis omnes species tam contineantur, quam si specialiter expressæ essent *l. si seruit. ff. de seruit. vrban. præd. l. Mauius. §. duorum. ff. de legat. 2. l. semper generalibus. ff. de reg. iur.* consequens esse videtur quod iuxta istam regulam creditor in re, specialiter posteriori obligata, tanquam antiquiorem hypothecam habens, præferri debeat; Maxime cum & ipsi Imperatores *in d. l. 2.* diserte profiteantur priorem istum creditorem *aquale ius* in omnibus rebus habere.

Deinde præcedenti sententiæ aduersari etiam videtur quod is, cui generaliter primo res omnes, siue omnia bona, deinde specialiter res quædam obligantur, possit quamuis rem debitoris pro suo arbitrio distrahere, & ex ea pecunia sibi satisfacere, nec cogatur rem specialiter obligatam primo loco distrahere, sed sit in ipsius arbitrio quamlibet rem, sibi generaliter, siue specialiter obligatam vendere: Ita quippe *in l. creditoris arbitrio de distract. pign.* scribit Modestinus: *Creditoris arbitrio permittitur, ex pignoribus sibi obligatis, quibus velit, distractis, ad suum commodum peruenire.*

Insuper aduersari videtur eidem assertioni *in l. qui generaliter pr. ff qui pot. in pign.* cuius hæc sunt verba: *Qui generaliter bona debitoris pignori accepit, eo potior est, cui postea prædium ex his bonis datur, quamuis ex cateris pecuniam suam redigere possit.*

Sed non est vt quisquam hisce obiectis à superiori assertione se dimoueri patiatur. Vt quæ in clara & perspicua Imperiali sanctione sit fundata, prout ostendimus

Nec etiam argumenta opposita tanti sunt ponderis, vt quidam prima fronte apparent.

Quod enim ad obiectam regulam attinet respondent ipsi Impp. eam procedere quando generaliter omnia bona debitoris obligata, & ita in omnibus æquale ius habet. Sed in proposita specie temperandam esse iurisdictionem, hoc est, ius quod supra positum erat de generali hypotheca esse moderandum, & secundum hoc temperamentum præsidem ius dicere debere: Hoc vero ideo, quia secundum verba quidem primo crediturі omnia bona debitoris obligata sunt, & ideo etiam fundus iste, de quo disceptio erat, sed secundum sententiam contrahentium non item: quandoquidem non frustra primo creditori specialiter obligatæ sunt res quædam certæ cum satis generali hypotheca contineantur, prout satis declaratur *in l. 4. ff. de vsur.* cum verba plura de eadem re geminantur, sic geminari videri vt geminatio aliquam vim habeat: Atqui hypothecæ specialiter expressæ, alius vsus esse non potest, nisi vt creditor prius eam persequatur, & si sufficit, sit contentus si non sufficit, tum ad reliqua bona perueniat Donell. ad *d. l. 2. Codic. de pignorib. & ibid.* Cuiacius.

Et sane, cui prius specialiter quædam

mox generaliter omnia pignerantur, ei generaliter hypotheca in superioris specialis defectum & quasi subsidium parta intelligitur *l. quæ specialiter. 9. Codic. de distract. pign.* Quare tum demum ad generalem hypothecam & res alteri obligatas transire poterit cum ex speciali sua hypotheca seruare suum non potest. Quod si seruare posset, & idonea specialis hypotheca reperiatur, tum secundus creditor in alia re sibi specialiter pignerata, non tam potior, quam solus reperietur; vt scribit Papinianus *in l. 2. ff. qui pot. in pign.* Nam solus est, quem nemo præcedit, vel sequitur; potior quem alius sequitur: In hoc autem pignore prior creditor non concurrit; quoniam ex suo speciali pecuniam suam redigere potuit. Hotom. *in d. l. 2.*

Ad secundam obiectionem facilis etiam est responsio: Nam allegatam *l. creditoris arbitrio.* respondet Sichardus, eam intelligi eo casu, quo est vnus saltem creditor cui res aliqua specialiter sit hypothecata, deinde generaliter omnia bona; Huic quippe, cum solus sit, & nemini præiudicet, posse pro arbitrio rem specialiter vel generaliter obligatam persequi. Nos autem in præsentiarum loqui in casu, quo sunt duo, vel plures creditores, quo casu prior creditor habens specialem & generalem hypothecam, in præiudicium secundi creditoris non potest persequi pignus generaliter obligatum, si ex speciali hypotheca potest consequi suum.

Iacobus Cuiacius ait expeditissimam & clarissimam huius argumenti solutionem hanc esse, quod *d. l. Creditoris.* non loquatur de creditore, cui specialiter res certa aliqua est obligata, deinde generaliter omnia bona; ita vt ex iis eligere possit rem quam velit distrahere: sed tractet solum de creditore cui specialiter plures res sunt obligatæ, vt possit eligere.

Illud profecto non dicit, ea *l. creditor* quod ille cui primo res vna specialiter post omnia bona generaliter sunt pignori obligata, pro arbitrio suo possit rem quamlibet distrahere, nec cogatur prius illam vendere, in qua specialem hypothecam habeat.

Ad postremam obiectionem ex *l. qui generaliter. ff. qui pot. in pign.* desumptam respondet Sichardus, post Bartolum, eam legem procedere in casu, quo prior creditor habet tantum generalem hypothecam, posterior vero creditor in re quapiam specialem, qui casus est *d. l. 6. C. qui pot. in pign.* de quo supra est dictum: Nos autē loquimur de eo casu quo prior creditor non solum habet generalem hypothecam, sed simul etiam specialem.

Excipit Treutlerus à generali ista regula, de priori posteriori creditori præferendo, & alium casum; quo scilicet is, qui anteriorem hypothecam generalem habet, suum aliunde ex bonis debitoris consequi potest, & maxime si is qui specialem habet posteriorem hypothecam eandem iam per adiudicationem titulo domini possideat.

Sed hæc exceptio nullibi fundata reperitur. Etenim *Authent. Hoc si debitor* & *Nouell. 112. cap. 2.* de longo alio loquuntur casu, hoc scilicet, quo rem hypothecatam debitor alteri vendidit, aut alio aliquo titulo in alium transtulit, & vtrum recta possit possessor hypothecæ conueniri actione hypothecaria, an vero prius conueniendus sit debitor, quæritur.

Facti species istius Authenticæ talis à Sichardo proponitur: Dedi Titio mutuo centum, pro quibus soluendis ad festum Martini obligauit mihi sub pignore domum vel omnes res suas; Paulo post Titius istam domum mihi obligatam, vel aliam quamcunque suam rem vendit Sempronio, qui dicitur tertius

vel-

vel extraneus possessor istius rei. Titio autem ad constitutum diem non soluente ego volo conuenire Sempronium possessorem rei mihi obligatæ actione reali vel hypothecaria, vt possessionem rei pignoratæ mihi tradat; quærebatur an hoc possem? Et respondetur in ista Authentica, quod ego creditor non possim tertium possessionem bonorum mihi obligatorum reali actione conuenire, priusquam conueniam principalem debitorem actione personali ex mutuo; qui si inueniatur non esse soluendo pro tota summa, vel pro parte, tunc demum in subsidium permissum sit mihi agere contra illum tertium possessorem pignoris: & ideo ille tertius possessor conuentus à me, priusquam sit conuentus principalis debitor, habeat exceptionem ordinis vel excussionis.

Palam igitur est quod ista authentica ab Authore allegata nihil ad propositam exceptionem stabiliendam faciat: Nec posteriori creditori, speciale pignus habenti ius prælationis, sed tertio pignoris possessori beneficium excussionis, siue ordinis deferat.

Sed & Andreas Gailius loquitur de beneficio excussionis, non posteriori creditori, sed tertio possessori competente.

Sed & ratio iuris atque æquitatis grauissime huic exceptioni aduersantur: Cum enim certum sit creditori anteriori, cui omnia debitoris bona generaliter sunt oppignerata, æquale ius in omnibus rebus, adeoque etiam in re, posteriori, creditori specialiter oppignerata constitutum esse, prout asseritur *in L.6. Codic. qui pot. in pign. & L.2. C. de pignoribus.* sane non potuit posterior creditor aut etiam iudex dominium illi adiudicando quicquam præiudicare aut ius illud legitime ipsi quæsitum auferre aut deterius reddere *L. quod nostrum. ff. de R. I. L.3. ff. de transa.*

Supra asseruimus quod supra allegata regula, quod creditor, qui in causa pignoris est prior, potior esse debeat posteriori non solum in conuentionali, sed etiam in iudiciali & prætorio pignore locum habeat; quam sententiam etiam comprobant Donellus, Sichardus Cuiac. *ad L.2 Codic. qui pot. in pign.* Wesenbec. *in parat. Dig. qui pot. num. 2.* Andr. Gail. *lib. 2. obseruat. cap. 25.* Balduin. *de pign. cap. 19.* *Quæst. 35. An regula qui prior tempore, potior est iure locum habeat etiam in prætorio pignore?*

4 Sed hanc opinionem hoc in loco improbat ac reprobat Author noster: Et quidem patrocinari ipsi videtur textus *in L.12. ff. de reb. auctor. iud. poss.* Nam ibi clare ac perspicue asseritur, quod si plures creditores missi fuerint in bonorum possessionem, per quam immissionem prætorium pignus constituitur, non esse vnum altero priorem; quinimo etsi vnus ex illis sit immissus, reliquos tamen omnes simul atque eodem momento immissos intelligi; adeoque nullum cæteris priorem in hypotheca ista prætoria, per immissionem in possessionem, constituta, censeri: At præfata regula ad eos pertinet, qui diuersis temporibus pignus sunt consecuti; ita vt vnus altero antiquius habeat pignus.

2. Idem quoque perspicue comprobare videtur textus *in L.5. §.3. ff. vt in poss. legator.* quo in loco Vlpianus dicit: *Qui prior missus est legatarius in possessionem non præfertur ei, qui postea mittitur: Inter legatarios enim nullum ordinem obseruamus, sed simul omnes æqualiter tuemur*: Item *in seq. §.4. postquam rei seruandæ creditores possidere cœperint: legatorum seruandorum gratia missus in possessionem creditoribus potior non habetur.*

Cum igitur illorum quibus prætorium constituitur per immissionem pignus, nullus cæteris habeatur potior, nec vllus inter eos prioritatis ordo seruetur: Consequens est, quod prædicta regula in prætorio pignore deficiat.

Et quidem prior creditor, cui vniuersa mea bona generali hypotheca obligaui pro se habet regulam quod prior tempore sit potior iure cæterisque posterioribus præferatur. Tu vero ea nitebaris ratione, quod domus esset tua pecunia empta: Hanc igitur controuersiam *in d.l.7.* decidens Imperator respōdet: Titium priorem creditorem propter regulam quam pro se habet præcessurum fuisse, nisi Tu, pro emenda domo pecuniam credens expresso pacto tibi prospexisses vt illa res tua pecunia empta esset tibi oppignerata.

Is igitur, cuius pecunia res est comparata in pignore eius priori creditori præfertur modo expressa conuentione de hypotheca sibi prospexerit.

Nec vero quicquam iniquitatis hæc res habet; sed potius æquitati quam maxime conueniens est; quid enim æquius, quam eum ex aliqua re fructum percipere, cuius beneficio factum est, dummodo id fiat sine aliorum iniuria?

Iam vero in præsenti specie, dum posterior præfertur, nihil priori adimitur, sed in eum confertur potius: Nam etsi debito, posterioribus creditoribus soluto, nihil relinquatur in pignore: Tamen id non tam posterior creditor aufert, quam casus. Etenim idem futurum erat si nemo ad rem illam emendam pecuniam credidisset.

Quod si debito soluto aliquid posteriori superest id vero beneficio posterioris in priorem confertur, qui saluam fecit pignoris causam, beneficio igitur afficitur, non iniuria prior creditor, si posterioribus prærogatiua seruatur.

Quæ.36. *Anne anterior creditor possit pecuniam posteriori creditori à debitore solutam exigere?*

Mouet sub finem huius theseos Author noster quæstionem satis difficilem anne creditor anterior, qui ius prælationis habet si pecunia à debitore posteriori soluta fuerit, eius repetionem & exactionem habeat?

Pro affirmatiua sententia inprimis facere videtur textus *in l. pecunia, C. de priuil. fisci.* in qua expressim respondetur, fiscū priorem creditorem, agere posse ad pecuniam posteriori creditori à debitore solutam, etiamsi ea iam consumpta sit bona fide, si debitor sit inops, nec habeat bona, vnde fisco satis facere possit: Verba textus ita se habent: *Pecunia, quam creditor à debitore suo recepit, si postea ex iusta causa fisco restituenda erit, sine vsuris debetur, quia non fœnus contractum sed suum recuperatum extraordinario iure aufertur.*

2. Idem plane probat *l. deferre §. vltim. ff. de iure fisci.* quo in loco sic Marcianus respondit: *Papinianus tam libro sixto quam vndecimo responsorum scribit, ita demum publicam auferri pecuniam ei, qui cum erat creditor, in solutum pecuniam accepit, si aut sciebat, cum accipiebat, publicum quoque esse debitorem: Aut postea cognouit, antequam cōsumeret pecuniam: sed placet omnimodo ei pecuniam auferendam esse, etiamsi ei ignorauit cum consumeret. Et postea quidem princeps directam actionem competere, ablata pecunia, rescripserunt.* Et profecto qui in fico antiquiorem hypothecā habente hoc ius obtineat quod pecuniam à posteriore debitore solutam repetere possit, vix est qui dubitet.

3. Sed quod in quouis etiam priuato idem sibi locum vindicet, verissimum est, & probat textus *in l. ex facto. §. vltim. ff. de pecul. l. sed an hic. ff. quod cum eo.* In priori enim lege tractatur ista quæstio, quoties tempore solutionis, quæ fit posteriori creditori cautio ab eo exigitur de restituendo quantitatem, quam exegerit acceperit, an inferatur postea quæstio priuilegii à priori quæ creditore aduersus patrem de peculio filii cuius nomine fit solutio creditoribus? In altera lege idem fore tradit ICtus, respondens creditorem priuilegiatum præferendum esse his, qui non sunt priuile-

 giarii.

giarii. Vnde colligitur quod in quocunque creditore, id, quod in *d. l. pecunia. & d.l.deferre* de fisco asseritur, obtineat.

4. Huic insuper sententiæ patrocinari videtur *l. vltim.§. & si prefatum. versi si vero heredes.C.de iure deliber.* vbi hoc ipsum in quibuscunq; creditoribus priuilegium habentibus statutum est, vt possint condiecere pecuniam solutam posterioribus creditoribus, qui non habēt idem priuilegium.

Et hanc sententiam verissimam quidē esse, sed non seruandam in aliis priorib. creditoribus, habentibus priorē hypothecam non tamen prælationis priuilegiū monet post Matth.de Afflict. *decis Neapol.199.* Didac.Couar.*pract.quæst.29.n.2.* Cæterum in contrariam & negatiuam sententiam concedunt Fulgosius *in l.pecunia* & Bald. *in l.vbi adhuc, C.de iure dot.*

Mouentur hac ratione quod etiā dominus alicuius pecuniæ, si ea per aliū alteri sit absq; eius consensu data & deinde consumpta, nequaquā agere aduersus illū cui pro solutione debiti & æris alieni data fuit, poterit: Nec ad hoc vllū habet iure auxiliū *l.si filiusfam.ff.si cert petat.*

Multo igitur minus possit agere, qui tantum habet hypothecam & prædationis priuilegiū contra illū secundum aut posteriorē creditorē, cui à debitore pecunia soluta & à creditore cōsumpta est.

2. Insuper huc etiam facere videtur textus *in l.24.ff.quæ in fraud. creditor.* vbi vni ex creditoribus solutum, à cæteris ipsi extorqueri non posse dicitur, quia cæteri creditores, qui non vigilarunt, nec debitum exegerunt suæ negligentię expensum ferre debeant.

3. Idem plane euincit *l. si non expedit. ff. de bon.author iud.possid.*

4. Insuper ait Afflict. absurdum fore reuocationi esse locum: Finge enim ait, plures creditores vnius decoctoris esse, & debitorem, eundū decoctorē, secūdis creditorib.soluisse, dum fides eius erat integra, si prioribus creditoribus agendi contra secundos, qui exegerūt, ius esset, totus mundus litibus vexaretur & mercatores quodammodo commerciis priuarētur. Benedictus Stracha, hac intricatissima controuersia in vtramq; partem disputata, concludit tandem quod prior sententia affirmatiua sit verior & iuris rationi magis consentanea. Et si quidem pecunia adhuc apud secundum creditorem extet hypothecaria actione agendū esse dicit propterea, quod in pecunia etiam hypotheca consistat *l.idemque in fine. ff.qui pot.in pign.l.si fund.us.§.in vindicatio ie, ff.de pignoribus.* Sin vero pecunia fuerit à secundo creditore consumpta bona fide, condictione ex lege agēdum esse vel in factum actione *l.final.§.si prefatam. C. de iure delib.l.deferre.§.final.ff.de iure fisci & d.l.pecunia.C.de priuil.fisci.*

Ego huic sententiæ Strachæ subscribere cogor propter textū expressum *in d.l.vlti.§.6.C.de iure deliber.* quæ quæstionem propositā, luce meridiana clarius, decidere videtur; Ita enim sonant verba eius: Si vero heredes res hereditarias creditoribus hereditariis pro debito dederint, in solutum, vel per dationē pecuniarū satis eis fecerint, liceat aliis creditoribus, qui ex anterioribus veniūt hypothecis aduersus eos venire posterioribus creditorib. secūdum leges eas abstrahere vel per hypothecariā actionem, vel p cōdictionem ex lege, nisi voluerint eis debitū offerre. Et per hanc clarā sanctionē puto satis decisam esse quæstionē propositam, sic vt vlteriori disputationi ac dubitationi locus nullus superesse videatur. Si qui enim sunt textus, quibus contraria opinio adstrui videtur illi omnes per hanc Iustiniani sanctionem sublati, correcti & emendati sunt: Est enim *d.l.final.* vna ex nouis constitutionibus, prout ex subscriptione eius colligitur, quæ comparatæ sunt ad ius anterius emendandum.

Illud

Illud certum,&,vti mihi videtur indubitatum est,si posterior debitor pecuniam litigiosam à debitore in iudicio depositam,præstita cautione, acceperit, cogi ipsum hanc pecuniam priori creditori, vbi is de antiquiori hypothecâ docuerit,restituere.

Quæst.37 *Anne creditor,sub cautione ex deposito pecuniam sumens,cogatur anteriori creditori, de prioritate suæ hypothecæ docenti, eam cum vsuris restituere.*

Sed vtrum cum vsuris eam pecuniam restituere cogatur? Videtur dicendum quod ad vsuras non teneatur, quoniam tum temporis,quando sub cautione pecunia accipiebatur,vsurarum nulla penitus mentio facta fuerit,nec illæ à creditore secundo promissæ sint, nec ex mora,quæ commissa nō fuerat, debeantur. Vsuræ autem nulla alia ex causa exigi possint,quam quia vel promissæ fuerint pacto aut stipulatione,vel quia mora fuerit à debitore commissa.

Sed hac non attenta ratione contrarium concludit post Benedict. Stracham & Daniel.Mollerum in allegat.locis noster Treutlerus.

Pro qua conclusione primo militare videtur ratio æquitatis,quia si vsuras nō præstaret priori creditori, creditor secūdus,qui sub cautione ex deposito pecuniam acceperat, locupletior efficeretur cum iactura & damno prioris, lucraretur quippe vsuras, quæ ad priorem creditorem iure spectassent.

2. Accedit quod nec alius conditio eius qui pecuniam depositam sub cautione accipit melior exinde fieri debeat Castrens. *consil.: 87.in pr.* At multo melior efficeretur si posteriori pecunia ea ad finem vsque litis quam de industria etiā illi protrahere solent, vti eaque pro arbitrio negotiari & lucrari permittatur, priori autē & iustiorem causam fouenti interesse vsurio medii tēporis carendū sit.

3. Notissimi insuper iuris est,eum qui ad restitutionem obligatus est plene restituere teneri,hoc est cum fructibus & vniuerso augmento & emolumento, quod ex re vel eius contemplatione percepit *l.videamus.§.in Fauiana.ff.de vsur.* Iason *in l.Cum filiofam.n.153.ff.de legat.1.l In condemnationem.§.1.ff.de R.I.l.ex diuerso.§.1.ff.solut.matrim.c.grauis.extr. de restit spoliat.l. Ait prætor.§.per hanc. ff. quæ in fraud. credit.*præsertim vero vbi de restituendo cautio præstita est, vt in casu depositæ pecuniæ fieri consueuit *Authent.quæ supplicatio.C.de precib. Imper.offerend.* Vsuræ autem sunt fructus pecuniæ & vicem fructuum obtinent *l. qui quadraginta. §. final.ff.ad L Falcid.l.generaliter.§.si cui legetur ff.de fideicomm.libert.*

4. Atque huc in primis pertinere videtur quod Vlpianus ait *in l. Idemque. §. procurator.ff.mandat.*Si procurator meus pecuniam fœnori dedit vsurasq; consecutus est,debet præstare quantumcunq; emolumenti sensit,etiamsi ei, vt fœnetaret minime mandauerim: Nam bonæ fidei minime congruit, vt de alieno lucrum sentiat,quod si non exercuit, sed ad vsus suos conuertit,in vsuras conuenietur,quæ legitimo modo in regionibus frequentantur.

5. Accedit huc etiam quod Papinianus scribit *in l.1.§.socius.ff.de vsur.*dum ait: *Socius si ideo condemnatus erit quod pecuniam communem inuaserit & in suos vsus conuerterit, omni modo,mora etiam non interueniente,præstabuntur vsuræ.* Ex quo textu Dd. communiter colligunt,eum, qui pecuniam alienā conuertit in suos vsus, hoc ipso videri in mora & teneri ad vsuras. Vnde Molin.*in tract.de vsur.q.74.in 499.* interesse vsurarum, siue interessurium deberi etiā citra morā & culpā debitoris & absq; pacto,ex iusta causa cōpensationis,ne scilicet quis cū alterius iactura locupletetur; id quod probari putat *l 4. C. deposit.l.fi.C.de petit hered.l.4.C.arbit.tut.l. si cium.ff.pro socio.*

Cæterum de hac sententia nō immerito quis ambigeret:primo enim certum est quod vsurarū tres duntaxat sint causæ vnde debentur. Conuentio siue pactio

tio nuda, stipulatio & mora: Iam vero ille posterior creditor, qui sub cautione accepit ex deposito pecuniam litigiosam non committit moram; quoniam adhuc pecunia litigiosa est, nec apparet vtri debeatur, & præstanda sit; Deinde etsi cautionem de pecunia in eum casum quo prior creditor vicerit, præstiterit, non tamen simul de vsuris cauit, nec eas præstare promisit: Vt ita causa deficiat ex qua vsuræ istæ præstari debeant.

Et quanquam Daniel Mollerus opinetur, vsuras etiam citra conuentionem & moram deberi, ex iusta videlicet compensationis causa, per text. supra allegatos: sententia tamen hæc minime recipienda videtur. Sola quippe compensationis æquitas non est causa præstandarum vsurarum compensatoriarum, cum satis constet, vt hæ debeantur vsuræ necessario vel moram, vel conuentionem debitoris præcedere oportere. Iohannes Borchold. *in tractat. de vsur. c. 3. n. 2.* Idque claro ac perspicuo textu *in l. Cum quidam. §. Ex locato ff. de vsur.* vbi Paulus ait, *ex locato qui conuenitur, nisi conuenerit vt tardius pecuniæ illatæ vsuras deberet, non nisi ex mora vsuras præstare debet.* Vult igitur Paulus duas esse causas vsurarum, conuentionem & moram; ita quidem, vt si de vsuris præstandis non conuenerit, præstari illæ non debeant, nisi ex mora.

Idem plane confirmatur *l. 24. Digest. depositi.* vbi Papinianus ait: Esse contra bonam fidem & depositi naturam vsuras desiderare à depositario temporis ante moram qui beneficium in suscipienda pecunia dedit, si tamen ab initio de vsuris præstandis conuenit, legem contractus seruandam esse. Ecce duo hic constituuntur è quibus vsuræ debeantur: *Mora & conuentio*, Et ita quidem vt extra ista duo vsuræ aliunde non debeantur.

Nec moueor quicquam textibus à Dan. Mollero in contrarium adductis: Nam *in l. 4. Cod. depositi.* asseritur quidem, depositarium, qui vsus sit pecunia deposita, vsuras debere præstare; sed necessario præsupponendum est, moram præcise, quod nempe depositarius sic vsus fuerit deposita pecunia, vt etiam in ea restituenda moram fecerit; Quandoquidem Papinianus *in d. l. 24.* de eo depositario, qui vsus fuit deposita pecunia, aperte scribit, quod contra bonam fidem sit ac naturam depositi vsuras ante moram à depositario exigi.

Sic etiam *in l. fin. Cod. de pet. hered.* vsuræ debentur ex antecedente mora, & continet ea lex casum à nostro plane diuersum: Nam illic pecunia legata non erat deposita, sicut pecunia in nostro casu proponitur deposita: & ideo si ibi pecunia legata sub cautione legatariis non fuisset tradita, interim certe ea vti potuisset actor testamentum impugnans: Cum igitur ipsi vtilitas hæc, quam, præstatione pecuniæ non facta fuisset habiturus, nunc facto legatariorum absit, æquissimum est vt, euicta hereditate, recipiat vsuras, ne damnum aliquod sentiat ex facto aliorum, & legatarii cum lactura & detrimento ipsius fiant locupletiores. Atqui in casu nostro longe secus sese res habet: Nam cum proponatur pecunia litigiosa deposita, non certe, lite & controuersia pendente, vllam vtilitatem ex ea percepturus fuisset creditor, & alteri, posteri, inquam creditori ea pecunia sub cautione ex deposito non fuisset tradita: Quocirca prioritate sua postmodum demonstrata, non potest prætendere sibi occasione eius quod concreditori tradita fuit ipseque ea est vsus, quicquam abesse, cum nec vllam habiturus fuisset exinde vtilitatem, etsi in deposito interim fuisset relicta.

Minus vrget textus *in l. 3. C. arbitr. tutel.* dum illic dicitur, *Si curator post decretum*

Præsidis

Præsidis sublata pecunia, quæ ad comparationem prædiorum fuerat deposita, sibi prædium comparauit, elige vtrum malis in emptione negocium eum gessisse, an quia in vsus suos pecuniæ versæ sunt legitimas vsuras ab eo accipere, secundum quæ iudex tutelæ iudicio redditus, partem religionis implebit.

Nam perspicuum est ex hoc textu quod curator in mora fuerit, dum pecuniam pupillarem, emptioni prædiorum destinatam, suos in vsus fraudulenter conuertit, ac prædia pupillo emere non solum distulit, sed plane etiam contra fidem contraque officium intermisit. Malæ insuper fidei est possessor, malitiosus pecuniæ, ad se non pertinentis contrectator, adeoque furi simillimus, quem non solum moratorem, sed & plus quã moratorem esse constat; Non igitur mirum quod vsuras præstare debeat: Quinimo pupillis etiam & minoribus moram ex re fieri, certi & explorati est iuris.

Postremo non magni momenti est quod ex *L. socium. ff. pro socio.* adducitur: Nam ibi moram à socio factam esse, expresse dicitur.

Quapropter, hisce obstaculis remotis, relinquitur vsuras extra conuentionem sine mora non deberi. Vnde firmissime concluditur quod is, qui pecuniam litigiosam ex deposito sub cautione accepit, vsuras præstare non cogatur cum moram non commiserit, vt paulo supra fuit demonstratum.

Insuper & secundo, vsuræ istæ à præfato creditore si quæ præstandæ sunt, tum aut erunt lucratoriæ aut punitoriæ aut compensatoriæ: Quartum enim vsurarum genus non datur; vt eleganter demonstrat Wesenbecius. Iam vero sunt lucratoriæ, quod in confesso ac propatulo est, & ipse Mollerus haut obscure ipse profitetur: Non sunt punitoriæ, quia hæ ob moram præcedentem exiguntur *L. 17. §. 3. in fin. ff. de vsur.* Atqui moram non committi à posteriore creditore, quod lite pendente pecuniam debitori non restituit, supra demonstratum est, nec in eo vllum videtur delictum, quod pœnam mereatur, committere, cum sub cautione pecuniam ex deposito iudicis permissu sumpserit. Relinquitur proinde, quod si quæ sint in proposito, vsuræ præstandæ, eas compensatorias esse. At nec compensatoriæ sunt vsuræ, quia occasione eius, quod pecunia ex deposito acceptat vsus est creditor posterior nihil quicquam priori creditori abest, quod habiturus fuisset, pecunia in deposito relicta. Iacuisset enim otiosa: Eo igitur quod recompensari possit, deficiente, vsuræ quoque compensatoriæ deficient.

His vero ita præmissis non erit amplius ad argumenta supra adducta, difficilis responsio.

Quod enim ad primum, etsi locupletior efficeretur ex vsu pecuniæ creditor posterior sine tamen vllo prioris creditoris detrimento locupletaretur; quoniam, etsi ille pecuniam ex deposito non accepisset, non tamen quicquam vtilitatis vel commodi exinde habiturus fuisset prior creditor: Nam vt dixi, in deposito otiosa iacuisset. Locupletari autem sine alterius iactura & incommodo nec æquitati naturali, nec humanitati, nec rationi iuris quicquam repugnat. Et sane inhumanum esset id alicui denegare, aut inuidere, quod ipsi prodest & alii non nocet *L. 2. pr ff. solut. matrim.*

Ad secundum respondeo, nullo iure id niti, quod dicitur, conditionem illius, qui pecuniam ex deposito accepit, non debere exinde locupletiorem effici: Et sane, admissa ista assertione, consequens foret, nullum omnino effectum restitutionis illis ex deposito faciendę fore: Vnde nec restitutio ista siue præstatio concedenda foret, vtpote petenti plane inutilis futura.

DDDdd Ad

Ad tertium argumentum respondetur: tũ qui ad restitutioné est obligatus, censeri ad plenam restitutionem obligatum esse, ita vt non solum rem ipsam, sed omnem etiam causam præstare teneatur, hoc est omne cõmodum quod ex re habiturus fuisset; sed appellatione causæ, vt & illorum commodorum contineri accessiones solum naturales & ea commoda quæ certo habiturus fuisset petitor, si restitutio ipsi facta esset, qualis accessio & quale commodum non sunt vsuræ: vt quæ rem non necessario sequantur, nec ex re, vti fructus naturales, proueniant aut natura producantur, Dispar proinde est fructuum & vsurarũ quod præsens negotium ratio: fructus enim, quia natura ex re proueniunt, certo habiturus fuisset prior creditor si statim res litigiosa restituta fuisset: vsuras vero non item, vt proinde à fructibus ad vsuras non firma fiat illatio.

Ad quartum respondetur, procuratorem actione mandati de vsuris non exercitis conueniri à domino, quia culpa est procuratoris fœnori non exponere pecuniam istam, quam fœnori elocare solitus erat dominus: At culpæ nomine procurator ex mandato conuenitur à domino *l. in re mandata. C. mandat.*

Ad postremum expedita est responsio. Nam in casu d. l. 1. §. socius. ff. de vsur. mora erat commissa ex re, siue mora extraordinaria, socius quippe socio ex re moram committit si pecuniam ex re communi redactam, vel in societatem collatam, finita societate, pro quota non restituit.

Et hactenus de illis, qui propter hypothecam expressam iure prælationis gaudent.

RESOLVTIO THESIS Septimæ.

Videndum nunc est de prælatione illorum qui ob priuilegium personale, quod vel cũ tacita hypotheca coniunctum vel sine tacita hypotheca habent, anteriorib. creditorib. præferuntur.

Ex illorum creditorum numero, qui priuilegium habent cum tacita hypotheca coniunctum, est Fiscus. Ei enim aperte tacita tribuitur hypotheca in l. 2. C. in quib. pign. vel hypotheca tac. vbi Imperator Proculo In hæc verba rescribit: *Certum est eius, qui cum fisco contrahit, bona veluti pignoris titulo obligari, quamuis specialiter id non exprimatur.* Idemque asseritur etiam in *l. 46. §. 3. ff. de iure fisci.* dũ illic Hermogenianus ait, *Fiscus semper habet ius pignoris.* Et hoc quod tacitum pignus habeat fiscus certum & indubitatum est. Lit. A.

Verum de iure & priuilegio prælationis vtrumne eo gaudeat, ita vt in hypotheca & bonis debitoris, anteriorem hypothecam habentibus creditoribus præferatur, non perinde liquet.

Equidem facile conceditur quod fiscus non habeat priuilegium prælationis in bonis ante contractum cum fisco initum, debitori acquisitis: sed communi subiaceat regulæ quod prior sit potior posteriori: Id quod sane luculenter demonstrat *l. 8 ff. qui pot. in pignore.* In qua Vlpianus: *Si pignus, inquit specialiter Resp. publica acceperit: dicendum est præferri eam fisco debere; si postea fisco debitor obligatus sit: est, quia & priuati præferuntur.* Quæstio erat mota & proposita vtrumne Respublica, quæ antiquius habebat pignus fisco, præferri debeat Fisco posterius pignus habenti? Et respondet ad hanc quæstionem Vlpianus, Rempublicam Fisco præferri. Ratione vero decidendi hac vtitur Vlpianus, quia & priuatus, antiquiorem hypothecam habens, fisco præferatur. Quæst. 38. *Anne fiscus habeat priuilegiũ prælationis in bonis post contractum cum eo initum, acquisitis?*

Et huc etiam pertinet textus in lege *si fundum.* 4. *C. qui pot. in pign.* vbi dicitur: *si fundum pignori accepisti, antequam Reipublic. obligetur, sicut prior es tempore, ita potior es iure.*

Quo-

Quocirca si mihi essent generaliter omnia debitoris bona obligata, deinde res aliqua ex illis bonis specialiter oppignorata esset fisco, ego, licet priuatus, propter anteriorem generalem hypothecam praeirem fisco eoque essem potior. Sed de bonis post contractum, cum fisco initum, debitori acquisitis, anne in illis caeteris omnibus creditoribus praeferatur etiam illi, qui generalē habet anteriorem hypothecā nōnihil dubitatur?

Nam pro affirmatiua sententia facit *l.28.ff.de iure fisci.* dum illic scribitur: Si qui mihi obligauerat, quae habet habiturusque esset, cum fisco contraxerit: sciendum est, in re postea acquisita, fiscum potiorem esse debere, Papinianum respondisse, quod & constitutum est, praeuenit enim causam pignoris fiscus. Ecce hic proponitur alicui omnia bona fuisse pignori obligata: postea fisco rem aliquā specialiter esse oppigneratam, & quædā de nouo debitori acquisita. Et dicitur fiscum in illis bonis praeferri priuato generalem anteriorem hypothecā habēti.

Huic vero grauissime refragari videtur *l.vlt.ff.qui pot.in pign.* vbi ICtus Scaeuola plane contrarium definire videtur, quod scilicet fiscus, posteriorem hypothecam habēs, priori anteferatur in bonis post ipsius hypothecam debitori acquisitis: Verba haec sunt. *Titius Seia ob summam qua ex tutela ei condemnatus erat, obligauit pignori omnia sua bona, qua habebat, quaque habiturus esset: postea mutuatus à fisco pecuniam pignori ei res suas omnes obligauit & intulit Seia partem debiti, & reliquam summam, nouatione facta eidem promisit: In qua obligatione similiter, vt supra de pignore conuenit, quaesitum est, an Seia praeferēda sit fisco, & in illis rebus, quas Titius tempore prioris obligationis habuit: Item in his rebus quas post priorem obligationem adquisiuit, donec vniuersum debitum suum consequatur: respondit, nihil proponi cur non sit praeferenda.*

Bartolus in *d.l.vltim.* & Iulius Pacius *lib.5.quaest.19.* ad hanc l. vltimam respondent, idcirco ibi Seiam praeferri fisco, quia ex causa agebat priuilegiata, adeoque non solum prioritate temporis, sed etiam priuilegio ipsius causae nitebatur: Causa quippe tutelae est priuilegiata. At in *d.l.28.* priorem obligationem non fuisse priuilegiatam, ac proinde fiscum praeferri priuato.

Sed haec responsio à plerisque reiicitur, nec subsistere potest; Tum quia in *d.d.l.vltim.* Seia non agebat ex causa tutelae, sed iudicati: ex tutela siquidem Titius debitor condemnatus erat. Tum quia, cur Seia praeferatur fisco, non in eo causam Scaeuola esse vult; quod pecunia ex illa causa deberetur; sed quia prius hypothecam accepisset, in quam deinde, nouatione facta, conuentione successisset. Don. *in tractat.de pignor. cap. 14.* Tum etiam quia tacita hypotheca, quae ratione tutelae per legem conceditur l. pro officio, Cod. de admin. tutor. l. vnic. §. *1.* Cod. de rei vxor. act. fauorabilior & potentior non sit, quam quae fisco tribuitur. Imo fisci hypothecam esse fauorabiliorem appatet ex *leg.1.§.ex illa.ff. ad legem Cornel. de falsis.* vbi Marcianus refert, ex Diui Seueri & Antonini constitutione, falsi poenam irrogari tutoribus & curatoribus, qui ante redditam rationem administrationis cum fisco contrahunt. Cuius constitutionis ratio alia non fuit quam singularis pupillorum fauor, quibus licet tacitam hypothecam habentibus, fiscus tamen ex sua tacita praeferretur si eorum tutoribus & curatoribus ante restitutam tutelam vel curam cum fisco contrahere permitteretur. Anton. Fab. *libr.2.coniect. cap.10.* Tum quia priuilegium pupilli tutelae actioni cohaeret; quae personalis est: Nec in hypothecariam, quae realis est valet *l. eos qui. 9. Cod. qui pot. in pignor.*

Tum quia Scæuola proponit nouationem voluntariam interueniſſe: At illa nouatione priuilegium nouatæ actionis cum actione ipſa perimitur *l. aliam 29 ff. de Nouat.* Hotom. *in epit. iur. qui pot. in pign. n. 7.*

Accurſius igitur reſpondet *in d. l. vltim.* fiſcum præferri Seiæ in iis omnibus, quæ poſt priorem obligationem acquiſita ſunt, prius tamen, quam cum fiſcus traheretur. Sed huic interpretationi refragatur generalitas verborum *in d. l. vltim.* dicit enim abſolute Scæuola, Seiam fiſco præferri, in his rebus, quas poſt priorem obligationem adquiſiit, nec diſtinguit, an cum fiſco iam tum contractũ fuerit, an vero minus. Etſi autem Franciſcus Hotom. *in epitom. iur. tit. ff. qu. pot. in pign. n. 7.* hanc Accurſii reſponſionem approbet, & verba iſta Scæuolæ: *In rebus, quas poſt priorem obligationem adquiſiit*: ita accipi velit, quaſi ICtus etiam adiecisſet, ante poſteriorem obligationem, eo quod in illis rebus, quæ poſt obligationem poſteriorem adquiſita ſunt, Imperialib. conſtitutionibus fiſco priuilegium tributum ſit; hæc tamen eius aſſertio partim in coniectura conſiſtit, partim principium manifeſte repetit.

Antonius Faber *d. e. 10.* reſpondet: Scæuolæ ſententiam illam eſſe, vt in iis quoque bonis, quæ poſt fiſci obligationem acquiſita ſunt; Seia fiſco præferatur; factã noua ione & ſecundã hactenus vt in illis, quæ poſt factam nouationem & ſecundam obligationem adquiſita ſunt, non præferatur; quod vtrumque maximam, inquit, rationem habet: Nam in iis, quæ poſt priorem obligationem & ante nouationem adquiſita ſunt, ideo præfertur, quod nouationis poteſtate factum eſt, vt quæ priori obligatione futura bona dicebantur, ea facta ſint præſentia, quæ ſci icet tempore prioris obligationis iam quæſita erant vt in omnibus Seia fiſco præferatur: Nec enim dicendum eſt nouationem ei nocere debere, vt quæ antea fiſco prior erat, eadem poſterior fiſco facta ſit *argum. l. 1. ff. de nouat.* Cum certi iuris ſit priorem creditorem, qui poſtea nouatione facta, eadem pignora accepit, ſibi ipſi in ſuum locum ſuccedere & ſuperioris temporis ordinem retinere *l. 3. pr. l. Creditor. 12. §. Papinianus. ff. qui pot. in pignor.* At in iis, quæ poſt nouationem factam adquiſita ſunt, Papiniani & Vlpiani ſententia *in d. l. 28.* locum eſſe dicit; ita vt fiſcus iure tacitæ hypothecæ cauſam pignoris præueniſſe cenſeatur: Idque eſt, quod Scæuola ait, Seiam fiſco præferri in iis etiam rebus quæ poſt priorem obligationem acquiſitæ ſunt. Secundam quippe obligationem non eam interpretari debemus, quæ cum fiſco contracta eſt, ſed eam, quæ cum Seia, cum qua etiam prior contracta erat: Nec poteſt hic obiici, nouationem in fraudem fiſci eſſe factam; cum is in fraudem non faciat, qui ſibi proſpicit, ne ſuum perdat neue pignorum quibus ſibi cautum erat, perſecutionem amittat propter obligationem poſteriorem cum fiſco contractam. *argum. l. Iulianus. 42. ff. de acquir. heredit. l. mater. 27. §. 1 ff. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam. l. ſumma 21. ff. de pec.* Ratione autem pecuniæ poſt fiſci obligationem creditæ non præfertur, quoniam hoc ſine fiſci & priorum creditorum fraude fieri non poſſet *d. l. 12. §. Papinianus. ff. qui pot.*

Hugo Donellus *in tractat. de pignor. c. 14.* ait, *in d. l. 21.* verbũ illud *contraxerit* nõ eſſe futuri, ſed præteriti temporis. Vt ſit ſenſus; Si qui mihi obligauerat, quæ haberet habiturusue eſſet, cum fiſco contraxerit, quam mihi obligaret, quæ habebat. Vt ita Vlpianus confirmet de fiſco id ipſum, quod ante de priuato dictum erat, quod nempe ſi fiſco bona omnia generaliter obligari cœperit, is omnibus ſequentibus præferatur, quibus

omnia

omnia bona eodem modo obligata sunt etiam in iis rebus, quæ postea quæsitæ sunt; quia fiscus pignoris causam præuenerit, etiamsi priuatus rerum acquisitionem præuenerit: vt ita ICtus velit fiscum priuati iure in proposito vti. Hanc autem interpretationem confirmat illud quod fiscus dicitur *causam pignoris præuenisse.* præuenire autem causam pignoris nihil aliud est, nisi prius causam pignoris occupasse vt in illo accipiendo prior esset tempore, vt textus est expressus *in l. 2. Codic. qui pot in pign. & l. 2. Cod. de priuileg. fisci.*

Nec est quod quis opponat, hac interpretatione admissa, nullam fore rationem dubitandi, cum plus quam certum ac perspicuum sit quod fiscus anteriorem hypothecam habens, præferri debeat posteriori priuato.

Respon. Etenim quæ ratio dubitandi fuit in priuato, eadem quoque fuit in fisco.

Nam cùm fisco generalis hypotheca omnium bonorum quæsita esset, postea priuato itidem generalis, vtrique vero ea conditione, si quæ postea quæsita essent debitori, dubitari potuit, an si quid post vtramque obligationem quæsitum esset, fiscus & priuatus in eodem concurrere deberent, an alter alteri præferri. Et multo iustius hoc in fisco, quam in priuato recipitur, quia tacita conuentione bona ipsi censentur esse oblig ta. Et hæc interpretatio & sententia Donelli mihi quoque præ cæteris arridet.

Constat igitur ex hactenus dictis quod fiscus, etsi ex lege priu legium habeat tacitæ hypothecæ, non tamen creditoribus anteriorem hypothecam habentibus præferatur, sed ab his excludatur, atque sic, quoad prælationis ius, eiusdem sit cum priuato conditionis.

Quæst. 39. *An fiscus præferatur anteriori hypotheca tacita?*

Hoc autem non solum procedit in expressa, sed etiam in tacita hypotheca: Verbi causa: Ego in domum tuam, quam mihi locas, induxi & intuli aliquas res quæ tacite tibi pro mercede oppignerantur, sed postea contraho cum fisco, ex quo contractu etiam fisco tacita hypotheca omnium rerum mearum oritur: atque sic vterque meus creditor, Tu & Fiscus tacitam habetis hypothecam, quæritur vtrum tu præferri debeas, vtpote antiquiorem tacitam hypothecam habens, an vero te fiscus præcedat?

Sed, vt dixi, verius est, quod & hic priuatus anterior præcedat Fiscum posteriorem.

1. Quia regulariter est verum quod Respublica & fiscus vtitur iure priuatorum nec prærogatiuam aliquam habet nisi illud expressa aliqua lege demonstrare possint *l. aufertur. §. qui compensationem ff. de iure fisci. l. item. §. in priuatorum. ff. de petit. heredit.* Atqui priuatus hoc vtitur iure vt priorem tacitam hypothecam habens præferatur habenti hypothecam tacitam posteriorem; nec aliud de fisco expressum requiritur: Igitur fisco quoque, in tacita hypotheca posterior præfertur priuatus tacita anteriori hypotheca subnixus.

2. Quia est regula, quod qui prior est tempore, potior sit iure *l. 2. & 4. Cod. qui pot. in pignore.* quam regulam in tacitis quoque hypothecis locum habere certum est. Atqui fiscus tacitam habens hypothecam, non excipitur illo in loco al hac r g ila.

Sed huic sententiæ aduersatur *l. 8. ff. qui pot. in pign.* quæ ita habet: *Si pignus specialiter Respublica acceperit, dicendum est præferri eam fisco debere si postea fisco debitor obligatus est, quia & priuati præferuntur.*

Ex hisce verbis intelligitur quod Respublica ita demum præferatur fisco si specialiter, hoc est, expresse acceperit pignus, illudque antequam fisco hypotheca iisdem in bonis fuerit acquisita. Proinde & priuatus sic demum propter

 ante

anteriorem hypothecā præfertur fisco, si specialiter, siue expresse eam acceperit.

Non sane leuis aut friuola est hæc obiectio: Nam si hic est, quem dixi, *d. l. 8.* sensus, facile respondebitur ad contraria argumenta, cum & singulare ius fisco sit tributum atque exceptio satis euidenter stabilita.

Sed ad hoc argumentum respondetur, illud ex *d. l. 8.* petitum, à contrario sensu concludere & ideo exceptionem à regula communi non inducere *l. præcipimus. C. de appellat.*

Quæ. 40. *Quid faciendum in dubio, quãdo non potest constare vter sit prior vel posterior?*

Sed quidnam in dubio faciendum, quando non potest certo constare, priuatus, an vero fiscus sit prior, vter alteri præferendus erit?

Et quod priuatus præferatur fisco probat textus *in l. Non puto. ff. de iure fisci:* vbi Modestinus scribit; Non delinquere eum, qui in dubiis quæstionibus contra fiscũ facile responderit. Vnde colligitur, in dubio non pro fisco contra priuatum, sed pro priuato contra fiscum esse pronunciandum. Quapropter, iuxta istam regulam, dicendum erit, quando non constat, vtrum fiscus, an vero priuatus anteriorem habeat hypothecam, contra fiscum pro priuato respondendum & fisco priuatus anteferendus erit.

Etsi autem Anton. Neguzantius *de pignor. part. 2. membr. 4. num.* 118. secutus Iasonem *in d. l. non puto.* statuat fiscum in causa onerosa præferendum esse priuato, in lucratiua vero contra, priuatum esse præferendum fisco: Et ideo quando fiscus prætendit causam lucratiuam, vt quia contra indignum, vel petit pœnam ex causa delicti, tunc priuatus præfertur fisco: sed quando fiscus prætendit causam iuris proprii, vel agit ex aliquo contractu tunc fauendum erit potius fisco quam priuato.

Veruntamen obstat huic distinctioni *d. l. Non puto.* quæ generalis est & indistincte loquitur de quæstionibus dubiis, nec sese ad causam lucratiuam vllo verbulo restringit. Nec moueor quod causa dotis & causa fisci pari nitantur fauore: In dubio autem causa dotis sit potior, causa priuata: Et ideo etiã fisci causa in dubio præponderare debeat causæ priuatæ. Nam ista comparatio fisci & dotis quoad ius & priuilegium prælationis nullo in textu fundatur. Quinimo quod comparatio fisci & dotis, quoad ius prælationis, non procedat, exinde luculenter patet, quod dos præcedat, omnibus aliis creditoribus expressam etiam hypothecam habentibus, quod sane priuilegium fisco nemo arrogare potest propter expressum textum *in l. 8. ff. qui pot. in pignor.* Deinde quod, maxime in dubio casu, de quo nunc loquimur, potior sit causa priuati quam fisci, claram & expressam habemus decisionem *in d. l. Non puto.* & ideo huiusmodi illationibus plane non est opus. Postremo in causa prælationis nullam habere fiscum præ priuato prærogatiuam euincit textus *in l. si pignus. 8. ff. qui pot. in pign.*

Minus obstat hæc ratio, quod fiscus in bonis quæsitis post suam obligationem præfertur priuato habenti anteriorem hypothecam *l. si is qui. ff. de iure fisci.* Et ideo, cum in illis præferatur priuato in quibus priuatus est potior fisco, præferri similiter etiam debeat, quando sumus in dubio.

Quæ. 41. *An quonam tempore tacitam hypothecam incipiat mulier habere?*

Ex illis porro, qui tacitam habent hypothecam cum priuilegio prælationis, est quoq; mulier; Cui Imperiales constitutiones non solum de tacita hypotheca omnium bonorum mariti pro dote, amplissime prospexerunt, sed etiam hoc priuilegium ipsi dederunt vt omnibus mariti creditoribus præferretur. Ita quippe hac ipsa de re Iustin. scribit *in §. fuerat. I. de actionib. Sed & tacitam ei (mulieri) dedimus hypothecam; præferri autem aliis creditoribus in hypothecis tunc censuimus, cum ipsa mulier de dote sua experiatur, cuius solius*

follus prouidentia hoc induximus. Et *in l. Assiduis. C. qui pot. in pign.* ad quam sese in citato loco refert Iustin. his verbis vtitur: *Ad hac omnia respicientes & reminiscentes q; & alias duas constitutiones fecimus pro dotibus, mulieribus subuenientes & hac omnia in vnum colligentes, sancimus ex stipulatu actionem, quam mulieribus iam pro dote instituenda dedimus, cuique etiam tacitam donauimus inesse hypothecam, potiora iura habere contra omnes mariti creditores, licet anterioris sint temporis priuilegio vallati. Cum enim in personalibus actionibus (secundū quod diximus) tali priuilegio vtebatur res vxoria: Quapropter nos in hypotheca hoc mulieri etiam non indulgemus beneficium, licet res dotales vel ex his alia comparata non extent, sed quocunque modo vel dissipata, vel consumpta sint, si tamen reipsa fuerint patri mariti data? Quis enim earum non misereatur propter obsequia, qua maritis prastant, propter partus periculum & ipsam liberorum procreationem pro quibus multa nostris legibus sunt inuenta priuilegia, &c.*

Sed hic dubitatio suboritur à quo tempore tacita ista hypotheca cum priuilegio prælationis mulieri deberi & competere incipiat, anne à tempore dotis promissæ, an vero à tempore dotis traditæ?

Et quod statim à tempore factæ promissionis incipiat priuilegium mulierum statuunt Antonius Neguzan. *in tractat. de pignorib. part. 2. membr.* 4. *n.* 80. Iohannes Sichardus *ad l. Assiduis.* Boerius *decis.* 331. *num.* 1. Bartol. & Salic. *in d. l. Assiduis.*

Confirmatur autem hæc opinio sequentibus fundamentis.

1. *In l.* 1. *pr. ff. qui pot in pignor.* proponitur aliquis pro muliere promisisse dotem & dicturis pro dote restituenda hypothecam accepisse; quam hypothecam postmodum numeratio, siue traditio dotis sit secuta. Vnde certe minus feste patet quod priuilegium tacitæ hypothecæ non demum à die numerationis dotis sed ante numerationem à die promissionis, competere incipiat.

2. Accedit deinceps huic fundamento & ista ratio, quod neminem lateat in dubio pro dote respondendum esse *l. in ambiguis. ff. de iure dot.* quodque fauores dotis sint ampliandi, non vero restringendi *cap. odia. de Regul Iur.* Iam vero variis Dd. concertationibus & disputationibus valde dubium redditur, quonam à tempore dotis priuilegium incipiat: Igitur fauore dotis est dicendum quod tacita hypotheca in bonis mariti; vt est priuilegium prælationis mulieri statim à tempore promissæ dotis potius, quam solutæ competat.

3. Confirmat eandem sententiam etiam elegans textus *in l. vnic.* §. 1. *C. de rei vxor. act.* vbi, cum Imperator tacitam hypothecam in bonis mariti tribuisset mulieri; subiicit in fine istius §. hæc verba: *Et nemo nos putet hoc farcire in his tantumodo dotibus, qua instrumentis recepta sunt: Nihil enim prohibet etsi fine scriptis dos vel detur vel promittatur vel suscipiatur, similimodo intelligi factam stipulationem & hypothecam ex vtraque parte quasi fuerit scripta.*

Hic rursus, ad hoc, vt priuilegium prælationis tacitæque hypothecæ competat vxori, nih interesse ostenditur dos promissa, an vero data sit.

4. Denique si sententia contraria reciperetur & mulier demum à die solutæ dotis hypothecam tacitam in bonis mariti haberet, magnum certe præiudicium crearetur mulieribus, quarum à parentibus sæpe admodum tarde dos soluitur.

Statuendum proinde videtur, quod protenus à die promissæ dotis, priuilegio hypothecæ & prælationis mulier gaudeat.

Quod tamen ipsum ita demum admittendum censet Neguzant. quando tempore

tempore promissionis contractum est matrimonium, quia dos absque matrimonio nullo modo subsistit; & consequenter nec dotis priuilegia ante contractum matrimonium vlla competere possint, cum non-entis nullæ sint qualitates, nullæ considerationes.

Atque hoc esse puto quod scribit Andr. Gailius 2. *obseruat.* 86. *n.* 3. vxorem pro dote, statim à die nuptiarum, secundum communem opinionem, tacitam hypothecam in bonis mariti habere.

Cæterum pro contraria sententia, quod nempe hypotheca tacita initium sumat à tempore solutionis, siue numerationis & traditionis, sequentibus rationibus probatur.

1. Quod expressa quidem hypotheca statim ex conuentione habeat originem incipiatque à die factæ promissionis, quoniam retrotrahitur expressa hypotheca ad tempus conuentionis, non vero etiam tacita hypotheca: Vnde etiam *l.* 1. *ff. qui pot. in pign.* non de tacita, sed de expressa hypotheca intelligi debet.

2. Quia stante ista opinione contraria, quod ius tacitæ hypothecæ ad tempus promissæ dotis referri debeat, consequens foret duo singularia circa idem subiectum concurrere, quod perquam foret absurdum. Nam primo induceretur tacita hypotheca fauore dotis, secundo retrotraheretur ad tempus promissionis contra *not. in l.* 1. *Codic. de dot. promiss.*

3. Quia *in l. Assiduis. C. qui pot. in pign.* Iustinianus Imperator sic demum mulieribus hoc priuilegium vult competere si dotes fuerint reipsa patri mariti datæ *in verb. Quapropter nos hypotheca hoc mulieri etiam nunc indulgemus beneficium, licet res dotales vel ex his alia comparata non extent; sed quoquo modo vel dißipata, vel consumpta fint: si tamen reipsa fuerint patri mariti data.* Ex quo videtur manifeste relucere quod non prius initium habeat tacita hypotheca quam si dos fuerit reipsa data seu numerata. Idem colligunt *ex l.* 1. *ff. de dot. caut.*

4. Quia *in l. Hac edictali* 6. §. *omnibus.* 2. C. *de secund. nupt.* vbi matre ad secundas nuptias transeunte, liberis pro bonis, quæ ex substantia patris ad matrem peruenerunt, tacita hypotheca obligantur bona materna; ita tamen vt tacita ista hypotheca originem & initium habeat à die qua res illæ ad matrem peruenerunt. Ergo & illa hypotheca tacita, quæ vxori in bonis mariti pro dote restituenda competit, non à die promissæ, sed à die traditæ hypothecæ initium habere videtur.

5. Accedit his etiam textus *in l. penult.* §. *Iura. C. de donat. ante nupt.* in quo iura quæ ad augendam donationem propter nuptias, vel dotem pertinent, ex eo tempore initium dicuntur accipere ex quo eædem hypothecæ contractæ sunt, atque sic non retrotrahuntur.

6. Adducitur deniq; in eandem sententiam etiam *l.* 6. *in fine. C. de bonis quæ liberis:* Nam ibi illa tacita hypotheca, quæ in bonis patris, pro bonis maternis, per eum alienatis, inducitur, ad tempus, quo pater incepit administrare retrotrahi dicitur.

Sed hæc sane argumenta non admodum sunt magni momenti.

Quod enim ad primum argumentum attinet, controuersum adhuc est, anne tacita hypotheca retrotrahatur an vero non; Imo hoc ipsum est, quod nunc controuertitur. Igitur pro principio concesso & indubitato allegari non potest. Deinde non conceditur dissentientibus quod *d. l.* 1. *ff. qui pot. in pignor*, loquatur de expressa hypotheca: Nam de hypotheca in genere eam esse conceptam plus quam est manifestum & verba eius satis indicant. Deinde posito eo, quod *d. l.* 1. omnino sit intelligenda de expressa

hypo-

hypotheca; idem tamen expressi & taciti est robur, idemque iudicium *l. cum quid ff. si cert. pet.* & quamuis quandoque plus operetur quam expressum, quam tacitum, sufficit tamen quod regula est in contrarium: Qui vult se fundare in exceptione, regulam probare debet. Hinc concludit Neguzant. quod hæc tenenda sit sententia tacitam hypothecam retrotrahi ad tempus promissionis factæ.

Ad secundum argumentum respondetur, illud, quod hypotheca tacita, mulieri competens retrotrahatur ad tempus promissionis, non sit speciale in dote, sed sit generale in quolibet alio creditore, quando scilicet non est in voluntate, sed in necessitate receptio crediti: Nam tunc semper hypotheca retrotrahitur ad tempus promissionis *d. l. 1. ff. qui pot. in pign. l. qui balneum pr. ff. eod. tit.*

Deinde & hoc responderi potest regulam istam quod duo singularia circa eandem rem simul concurrere nequeant, falsissimam esse, merum figmentum Doctorum continere, nec vllo in loco iuris nostri fundari.

Ad tertium argumentum hæc est responsio, verba ista *d. l. Assiduis*, si tamen *re ipsa fuerint patri mariti tradita*, ex sententia Bartoli, hoc modo esse supplenda *vel promissa*. Huius autem suppletionis, quam Neguzant. quoque approbat, extat fundamentum *in l. vnic. §. 1. C. de rei vxor. act.* in cuius. §. *Et vt plenus 1.* expresse asseritur, tacitam hypothecam competere vxori, siue data fuerit siue promissa dos; id quod aliquoties etiam ibidem repetitur. Et profecto non infrequens est id quod vno in textu prætermissum est ex alio textu suppleri; sed potius ratio recta interpretãdi iura id fieri omnino suadet.

Ad quartum, quintum & sextum respondetur, allegatas leges nihil omnino ad rem pertinere; quoniam aperte loquuntur extra propositam materiam; & ideo, quæ inde deducuntur argumenta, à diuersis & separatis procedunt.

Quocirca de iure communi puto opinioni illorum omnino subscribendum arbitror, qui statuunt, quod priuilegium tacitæ hypothecæ ac prælationis, mulieri in bonis mariti tributum, ex tempore promissæ dotis, etiam ante traditionem eius competat.

Equidem iure Saxonico, etsi quantum ad illa, quæ mulieribus defunctis, superstitib. illarum maritis debentur, ante conscensionem thalami, matrimonium pro consumato non habeatur, tamen cum de priuilegio tacitæ hypothecæ & prælationis illatæ dotis agitur, matrimonium statim post copulationem à sacerdote in templo factam, pro completo habetur, sic vt ab eo tempore mulier præfatum habeat priuilegium, si modo vel ante, vel post copulationem dos realiter & actualiter fuerit numerata. Et hoc aperte cautum & constitutum est, Electorali Saxonica constitutione *24. part. 2.* cuius verba ita habent: **Ob wol in Rechten zweiffelhafftig fürfället / von welcher Zeit an das** Priuilegium tacitæ hypothecæ, **so ein Eheweib wegen jhrer zugebrachten Mittgifft in jhres Mannes Gütern hat / anfangen solle. So haben sich doch vnsere Verordnete verglichen / daß von Zeit der vollngezogenen Ehe / vnd also wann der Kirchgang geschehen / solches** priuilegium dotis **(jedoch wañ die Mittgifft folgends oder zuuor würcklich einbracht / vñ dasselbig beweiset wird) seinen Anfang haben vnd gewinnen soll / darnach vnsere Gerichte hinführo zusprechen haben.** Quæ. 42. *An mulier ius tacitæ hypothecæ ac prælationis habeat quando sibi de expressa hypotheca prospexit?*

Succedit nunc huic quæstioni & alia controuersia: Controuertitur enim inter DD. anne mulier & tunc habeat ius tacitæ hypothecæ ac prælationis, quando sibi per conuentionem de expressa prospexit hypotheca.

mox generaliter omnia pignerantur, ei generaliter hypotheca in superioris specialis defectum & quasi subsidium parta intelligitur *l. quæ specialiter 9. Codic. de distract. pign.* Quare tum demum ad generalem hypothecam & res alteri obligatas transire poterit cum ex speciali sua hypotheca seruare suum non potest. Quod si seruare posset, & idonea specialis hypotheca reperiatur, tum secundus creditor in alia re sibi specialiter pignerata, non tam potior, quam solus reperietur; vt scribit Papinianus *in l. 2. ff. qui pot. in pign.* Nam solus est, quem nemo præcedit, vel sequitur; potior quem alius sequitur: In hoc autem pignore prior creditor non concurrit; quoniam ex suo speciali pecuniam suam redigere potuit. Hotom. *in d. l. 2.*

Ad secundam obiectionem facilis etiam est responsio: Nam allegatam *l. creditoris arbitrio.* respondet Sichardus, eam intelligi eo casu, quo est vnus saltem creditor cui res aliqua specialiter sit hypothecata, deinde generaliter omnia bona; Huic quippe, cum solus sit, & nemini præiudicet, posse pro arbitrio rem specialiter vel generaliter obligatam persequi. Nos autem in præsentiarum loqui in casu, quo sunt duo, vel plures creditores, quo casu prior creditor habens specialem & generalem hypothecam, in præiudicium secundi creditoris non potest persequi pignus generaliter obligatum, si ex speciali hypotheca potest consequi suum.

Iacobus Cuiacius ait expeditissimam & clarissimam huius argumenti solutionem hanc esse, quod *d. l. Creditoris.* non loquatur de creditore, cui specialiter res certa aliqua est obligata, deinde generaliter omnia bona; ita vt ex iis eligere possit rem quam velit distrahere: sed tractet solum de creditore cui specialiter plures res sunt obligatæ, vt possit eligere.

Illud profecto non dicit, ea *l. creditor* quod ille cui primo res vna specialiter post omnia bona generaliter sunt pignori obligata, pro arbitrio suo possit rem quamlibet distrahere, nec cogatur prius illam vendere, in qua specialem hypothecam habeat.

Ad postremam obiectionem ex *l. qui generaliter. ff. qui pot. in pign.* desumptam respondet Sichardus, post Bartolum, eam legem procedere in casu, quo prior creditor habet tantum generalem hypothecam, posterior vero creditor in re quapiam specialem, qui casus est *d. l. 6. C. qui pot. in pign.* de quo supra est dictum: Nos autẽ loquimur de eo casu quo prior creditor non solum habet generalem hypothecam, sed simul etiam specialem.

Excipit Treutlerus à generali ista regula, de priori posteriori creditori præferendo, & alium casum; quo scilicet is, qui anteriorem hypothecam generalem habet, suum aliunde ex bonis debitoris consequi potest, & maxime si is qui specialem habet posteriorem hypothecam eandem iam per adiudicationem titulo domini possideat.

Sed hæc exceptio nullibi fundata reperitur: Etenim *Authent. Hoc si debitor* & *Nouell. 112. cap. 2.* de longo alio loquuntur casu, hoc scilicet, quo rem hypothecatam debitor alteri vendidit, aut alio aliquo titulo in alium transtulit, & vtrum recta possit possessor hypothecæ conueniri actione hypothecaria, an vero prius conueniendus sit debitor, quæritur.

Facti species istius Authenticæ talis à Sichardo proponitur: Dedi Titio mutuo centum, pro quibus soluendis ad festum Martini obligauit mihi sub pignore domum vel omnes res suas; Paulo post Titius istam domum mihi obligatam, vel aliam quamcunque suam rem vendit Sempronio, qui dicitur tertius

vel

vel extraneus possessor istius rei. Titio autem ad constitutum diem non soluente ego volo conuenire Sempronium possessorem rei mihi obligatæ actione reali vel hypothecaria, vt possessionem rei pignoratæ mihi tradat; quærebatur an hoc possem? Et respondetur in ista Authentica, quod ego creditor non possim tertium possessionem bonorum mihi obligatorum reali actione conuenire, priusquam conueniam principalem debitorem actione personali ex mutuo; qui si inueniatur non esse soluendo pro tota summa, vel pro parte, tunc demum in subsidium permissum sit mihi agere contra illum tertium possessorem pignoris: & ideo ille tertius possessor conuentus à me, priusquam sit conuentus principalis debitor, habeat exceptionem ordinis vel excussionis.

Palam igitur est quod ista authentica ab Authore allegata nihil ad propositam exceptionem stabiliendam faciat: Nec posteriori creditori, speciale pignus habenti ius prælationis, sed tertio pignoris possessori beneficium excussionis, siue ordinis deferat.

Sed & Andreas Gailius loquitur de beneficio excussionis, non posteriori creditori, sed tertio possessori competente.

Sed & ratio iuris atque æquitatis grauissime huic exceptioni aduersantur: Cum enim certum sit creditori anteriori, cui omnia debitoris bona generaliter sunt oppignerata, æquale ius in omnibus rebus, adeoque etiam in re, posteriori, creditori specialiter oppignerata constitutum esse, prout asseritur *in l.6. Codic. qui pot. in pign. & l.2. C. de pignoribus.* sane non potuit posterior creditor aut etiam iudex dominium illi adiudicando quicquam præiudicare aut ius illud legitime ipsi quæsitum auferre aut deterius reddere *l. quod nostrum. ff. de R.I. l.3. ff. de transa.*

Supra asseruimus quod supra allegata regula, quod creditor, qui in causa pignoris est prior, potior esse debeat posteriori non solum in conuentionali, sed etiam in iudiciali & prætorio pignore locum habeat; quam sententiam etiam comprobant Donellus, Sichardus Cuiac. *ad l.2 Codic. qui pot. in pign.* Wesenbec. *in parat. Dig. qui pot. num.2.* Andr. Gail. *lib. 2. obseruat. cap. 25.* Balduin. *de pign. cap. 19.* *Quæst. 35. An regula qui prior tempore, potior est iure locum habeat etiam in prætorio pignore?*

Sed hanc opinionem hoc in loco improbat ac reprobat Author noster: Et quidem patrocinari ipsi videtur textus *in l.12. ff. de reb. auctor. iud. poss.* Nam ibi clare ac perspicue asseritur, quod si plures creditores missi fuerint in bonorum possessionem, per quam immissionem prætorium pignus constituitur, non esse vnum altero priorem; quinimo etsi vnus ex illis sit immissus, reliquos tamen omnes simul atque eodem momento immissos intelligi; adeoque nullum cæteris priorem in hypotheca ista prætoria, per immissionem in possessionem, constituta, censeri: At præfata regula ad eos pertinet, qui diuersis temporibus pignus sunt consecuti; ita vt vnus altero antiquius habeat pignus.

2. Idem quoque perspicue comprobare videtur textus *in l.5. §.3. ff. vt in possess. legator.* quo in loco Vlpianus dicit: *Qui prior missus est legatarius in possessionem non prafertur ei, qui postea mittitur: Inter legatarios enim nullum ordinem obseruamus, sed simul omnes aequaliter tuemur*: Item *in seq §.4. postquam rei seruandæ creditores possidere cœperint: legatorum seruandorum gratia missus in possessionem creditoribus potior non habetur.*

Cum igitur illorum quibus prætorium constituitur per immissionem pignus, nullus cæteris habeatur potior, nec vllus inter eos prioritatis ordo seruetur: Consequens est, quod prædicta regula in prætorio pignore deficiat.

CCCcc 2 3. Idem

Et quidem prior creditor, cui vniuersa mea bona generali hypotheca obligaui pro se habet regulam quod prior tempore sit potior iure cæterisque posterioribus præferatur. Tu vero ea nitebaris ratione, quod domus esset tua pecunia empta: Hanc igitur controuersiam *in d.l.7.* decidens Imperator respōdet: Titium priorem creditorem propter regulam quam pro se habet præcessurum fuisse, nisi Tu, pro emenda domo pecuniam credens expresso pacto tibi prospexisses vt illa res tua pecunia empta esset tibi oppignerata.

Is igitur, cuius pecunia res est comparata in pignore eius priori creditori præfertur modo expressa conuentione de hypotheca sibi prospexerit.

Nec vero quicquam iniquitatis hæc res habet; sed potius æquitati quam maxime conueniens est: quid enim æquius, quam eum ex aliqua re fructum percipere, cuius beneficio factum est, dummodo id fiat sine aliorum iniuria?

Iam vero in præsenti specie, dum posterior præfertur, nihil priori adimitur, sed in eum confertur potius: Nam etsi debito, posterioribus creditoribus soluto, nihil relinquatur in pignore: Tamen id non tam posterior creditor aufert, quam casus. Etenim idem futurum erat si nemo ad rem illam emendam pecuniam credidisset.

Quod si debito soluto aliquid posteriori superest id vero beneficio posterioris in priorem confertur, qui saluam fecit pignoris causam, beneficio igitur afficitur, non iniuria prior creditor, si posterioribus prærogatiua seruatur.

Quæ. 36. *Anne anterior creditor possit pecuniam posteriori creditori à debitore solutam exigere?*

Mouet sub finem huius theseos Author noster quæstionem satis difficilem anne creditor anterior, qui ius prælationis habet si pecunia ā debitore posteriori soluta fuerit, eius repetionem & exactionem habeat?

Pro affirmatiua sententia inprimis facere videtur textus *in l. pecunia, C. de priuil. fisci.* in qua expressim respondetur, fiscū priorem creditorem, agere posse ad pecuniam posteriori creditori à debitore solutam, etiamsi ea iam consumpta sit bona fide, si debitor sit inops, nec habeat bona, vnde fisco satisfacere possit: Verba textus ita se habent: *Pecunia, quam creditor à debitore suo recepit, si postea ex iusta causa fisco restituenda erit, sine vsuris debetur, quia non fœnus contractum sed suum recuperatum extraordinario iure aufertur.*

2. Idem plane probat *l. deferre §. vltim. ff. de iure fisci.* quo in loco sic Marcianus respondit: *Papinianus tam libro sexto quam vndecimo responsorum scribit, ita demum publicam auferri pecuniam ei, qui cum erat creditor, in solutum pecuniam accepit, si aut sciebat, cum accipiebat, publicum quoque esse debitorem: Aut postea cognouit, antequam cōsumeret pecuniam: sed placet omnimodo ei pecuniam auferendam esse, etiamsi ei ignorauit cum consumeret. Et postea quidem princeps directam actionem competere, ablata pecunia, rescripserunt.* Et profecto qui in fisco antiquiorem hypothecā habente hoc ius obtineat quod pecuniam à posteriore debitore solutam repetere possit, vix est qui dubitet.

3. Sed quod in quouis etiam priuato idem sibi locum vindicet, verissimum est, & probat textus *in l. ex facto. §. vltim. ff. de pecul. l. sed an his. ff. quod cum eo.* In priori enim lege tractatur ista quæstio, quoties tempore sublationis, quæ fit posteriori creditori cautio ab eo exigitur de restituendo quantitatem, quam exegerit acceperit, an inferatur postea quæstio priuilegii à priori quæ creditore aduersus patrem de peculio filii cuius nomine fit solutio creditoribus? In altera lege idem fore tradit ICtus, respondens creditorem priuilegiatum præferendum esse his, qui non sunt priuilegiarii,

giarii. Vnde colligitur quod in quocunque creditore, id, quod in *d. l. pecunia.* & *d. l. deferre* de fisco asseritur, obtineat.

4. Huic insuper sententiæ patrocinati videtur *l. vltim. §. & si prefatum. verss. si vero heredes. C. de iure deliber.* vbi hoc ipsum in quibuscunq; creditoribus priuilegium habentibus statutum est, vt possint condicere pecuniam solutam posterioribus creditoribus, qui non habẽt idem priuilegium.

Et hanc sententiam verissimam quidẽ esse, sed non seruandam in aliis priorib. creditoribus, habentibus priorẽ hypothecam non tamen prælationis priuilegiũ monet post Matth. de Afflict. *decis. Neapol. 199.* Didac. Couar. *pract. quæst. 29. n. 2.* Cæterum in contrariam & negatiuam sententiam concedunt Fulgosius *in l. pecunia* & Bald. *in l. vbi adhuc, C. de iure dot.*

Mouentur hac ratione quod etiã dominus alicuius pecuniæ, si ea per aliũ alteri sit absq; eius consensu data & deinde consumpta, nequaquã agere aduersus illũ cui pro solutione debiti & æris alieni data fuit, poterit: Nec ad hoc vllũ habet iure auxiliũ *l. si filiusfam. ff. si cert. petat.*

Multo igitur minus possit agere, qui tantum habet hypothecam & prædationis priuilegiũ contra illũ secundum aut posteriorẽ creditorẽ, cui à debitore pecunia soluta & à creditore cõsumpta est.

2. Insuper huc etiam facere videtur textus *in l. 24. ff. quæ in fraud. creditor.* vbi vni ex creditoribus solutum, à cæteris ipsi extorqueri non posse dicitur, quia cæteri creditores, qui non vigilarunt, nec debitum exegerunt suæ negligentię expensum ferre debeant.

3. Idem plane euincit *l. si non exped. t. ff. de bon. author. iud. possid.*

4. Insuper ait Afflict. absurdum fore reuocationi esse locum: Finge enim ait, plures creditores vnius decoctoris esse, & debitorem, eundũ decoctorẽ, secũdis creditorib. soluisse, dum fides eius erat integra, si prioribus creditoribus agendi contra secundos, qui exegerũt, ius esset, totus mundus litibus vexaretur & mercatores quodammodo commerciis priuarẽtur. Benedictus Stracha, hac intricatissima controuersia in vtramq; partem disputata, concludit tandem quod prior sententia affirmatiua sit verior & iuris rationi magis consentanea. Et si quidem pecunia adhuc apud secundum creditorem extet hypothecaria actione agendũ esse dicit propterea, quod in pecunia etiam hypotheca consistat *l. idemque in fine. ff. qui pot. in pign. l. si fund. §. in vindicatio ie. ff. de pignoribus.* Sin vero pecunia fuerit à secundo creditore consumpta bona fide, condictione ex lege agẽdum esse vel in factum actione *l. final. §. si prefatam. C. de iure delib. l. deferre. §. final. ff. de iure fisci & d. l. pecunia. C. de priuil. fisci.*

Ego huic sententiæ Strachæ subscribere cogor propter textũ expressum *in d. l. vlti. §. 4. C. de iure deliber.* quæ quæstionem propositã, luce meridiana clarius, decidere videtur; Ita enim sonant verba eius: Si vero heredes res hereditarias creditoribus hereditariis pro debito dederint, in solutum, vel per dationẽ pecuniarũ satis eis fecerint, liceat aliis creditoribus, qui ex anterioribus veniũt hypothecis aduersus eos venire posterioribus creditorib. secũdum leges eas abstrahere vel per hypothecariã actionem, vel p cõdictionem ex lege, nisi voluerint eis debitũ offerre. Et per hanc clarã sanctionẽ puto satis decisam esse quæstionẽ propositam, sic vt viteriori disputationi ac dubitationi locus nullus superesse videatur. Si qui enim sunt textus, quibus contraria opinio adstrui videtur illi omnes per hanc Iustiniani sanctionem sublati, correcti & emendati sunt: Est enim *d. l. final.* vna ex nouis constitutionibus, prout ex subscriptione elus colligitur, quæ comparatæ sunt ad ius anterius emendandum.

Illud

Illud certum,&,vt mihi videtur indubitatum est,si posterior debitor pecuniam litigiosam à debitore in iudicio depositam,præstita cautione, acceperit, cogi ipsum hanc pecuniam priori creditori, vbi is de antiquiori hypotheca docuerit,restituere.

Quæst.37 *Anne creditor,sub cautione ex deposito pecuniam sumens,cogatur anteriori creditori,de prioritate suæ hypothecæ docenti,eam cum vsuris restituere.*

Sed vtrum cum vsuris eam pecuniam restituere cogatur? Videtur dicendum quod ad vsuras non teneatur, quoniam rum temporis,quando sub cautione pecunia accipiebatur,vsurarum nulla penitus mentio facta fuerit,nec illæ à creditore secundo promissæ sint, nec ex mora,quæ commissa nō fuerat, debeantur. Vsuræ autem nulla alia ex causa exigi possint,quam quia vel promissæ fuerint pacto aut stipulatione,vel quia mora fuerit à debitore commissa.

Sed hac non attenta ratione contrarium concludit post Benedict. Strracham & Daniel.Mollerum in allegat.locis noster Treutlerus.

Pro qua conclusione primo militare videtur ratio æquitatis,quia si vsuras nō præstaret priori creditori, creditor secūdus,qui sub cautione ex deposito pecuniam acceperat, locupletior efficeretur cum iactura & damno prioris, lucraretur quippe vsuras, quæ ad priorem creditorem iure spectassent.

2. Accedit quod nec alius conditio eius qui pecuniam depositam sub cautione accipit melior exinde fieri debeat Castrens.*consil.: 87.in pr.* At multo melior efficeretur si posteriori pecunia ea ad finem vsque litis quam de industria etiā illi protrahere solent, vti eaque pro arbitrio negotiari & lucrari permittatur, priori autē & iustiorem causam fouenti interesssurio medii tēporis carendū sit.

3. Notissimi insuper iuris est,eum qui ad restitutionem obligatus est plene restituere teneri,hoc est cum fructibus & vniuerso augmento & emolumento, quod ex re vel eius contemplatione percepit.*l.videamus.§.in Fauiana.ff.de vsur.* Iason *in l.Cum filiofam.n.153.ff.de legat.1.l In condemnationem.§.1.ff.de R.I.l.ex diuerso.§.4.ff.solut.matrim.c.grauis.extr. de restit spoliat.l. Ait prætor.§.per hanc. ff. quæ in fraud. credit.*præsertim vero vbi de restituendo cautio præstita est, vt in casu depositæ pecuniæ fieri consueuit *Authent.qua supplicatio.C.de precib. Imper.offerend.* Vsuræ autem sunt fructus pecuniæ & vicem fructuum obtinent *l. qui quadraginta.§.final.ff.ad L Falcid.l.generaliter.§.si cui legetur ff.de fideicomm.libert.*

4. Atque huc in primis pertinere videtur quod Vlpianus ait *in l. Idemque. §. procurator.ff.mandat.*Si procurator meus pecuniam fœnori dedit vsurasq; consecutus est,debet præstare quantumcunq; emolumenti sensit,etiamsi ei, vt fœneraret minime mandauerim: Nam bonæ fidei minime congruit, vt de alieno lucrum sentiat,quod si non exercuit, sed ad vsus suos conuertit,in vsuras conuenietur,quæ legitimo modo in regionibus frequentantur.

5. Accedit huc etiam quod Papinianus scribit *in l.1.§.socius.ff.de vsur.*dum ait: *Socius si ideo condemnatus erit quod pecuniam communem inuaserit & in suos vsus conuerterit, omni modo mora etiam non interueniente;præstabuntur vsuræ.* Ex quo textu Dd. communiter colligunt,eum, qui pecuniam alienā conuertit in suos vsus, hoc ipso videri in mora & teneri ad vsuras. Vnde Molin.*in tract.de vsur.q.74.in 499.* interesse vsurarum, siue interesssurium deberi etiā citra morā & culpā debitoris & absq; pacto,ex iusta causa cōpensationis,ne scilicet quis cū alterius iactura locupletetur; id quod probari putat *l 4 C. deposit.l.fi.C.de petit hered.l.4.C.arbit.tut.l. si cium.ff.pro socio.*

Cæterum de hac sententia nō immerito quis ambigeret:primo enim certum est quod vsurarū tres duntaxat sint causæ,vnde debentur. Conuentio siue pactio

tio nuda, stipulatio & mora: Iam vero ille posterior creditor, qui sub cautione accepit ex deposito pecuniam litigiosam non committit moram; quoniam adhuc pecunia litigiosa est, nec apparet vtri debeatur, & præstanda sit; Deinde etsi cautionem de pecunia in eum casum quo prior creditor vicerit, præstiterit, non tamen simul de vsuris cauit, nec eas præstare promisit: Vt ita causa deficiat ex qua vsuræ istæ præstari debeant.

Et quanquam Daniel Mollerus opinetur, vsuras etiam citra conuentionem & moram deberi, ex iusta videlicet compensationis causa, per text. supra allegatos: sententia tamen hæc minime recipienda videtur. Sola quippe compensationis æquitas non est causa præstandarum vsurarum compensatoriarum, cum satis constet, vt hæ debeantur vsuræ necessario vel moram, vel conuentionem debitoris præcedere oportere. Iohannes Borchold. *in tractat. de vsur. c. 3. n. 2.* Idque claro ac perspicuo textu *in l. Cum quidam. §. Ex locato. ff. de vsur.* vbi Paulus ait, *ex locato qui conuenitur, nisi conuenerit vt tarditas pecuniæ illatæ vsuras deberet, non nisi ex mora vsuras præstare debet.* Vult igitur Paulus duas esse causas vsurarum, conuentionem & moram; ita quidem, vt si de vsuris præstandis non conuenerit, præstari illæ non debeant, nisi ex mora.

Idem plane confirmatur *l. 24. Digest. depositi.* vbi Papinianus ait: Esse contra bonam fidem & depositi naturam vsuras desiderare à depositario temporis ante moram qui beneficium in suscipienda pecunia dedit, si tamen ab initio de vsuris præstandis conuenit, legem contractus seruandam esse. Ecce duo hic constituuntur è quibus vsuræ debeantur: *Mora* & *conuentio*, Et ita quidem vt extra ista duo vsuræ aliunde non debeantur.

Nec moueor quicquam textibus à Dan. Mollero in contrarium adductis: Nam *in l. 4. Cod. depositi.* asseritur quidem, depositarium, qui vsus sit pecunia deposita, vsuras debere præstare; sed necessario præsupponendum est, moram præcise, quod nempe depositarius sic vsus fuerit deposita pecunia, vt etiam in ea restituenda moram fecerit; Quandoquidem Papinianus *in d. l. 24.* de eo depositario, qui vsus fuit deposita pecunia, aperte scribit, quod contra bonam fidem sit ac naturam depositi vsuras ante moram à depositario exigi.

Sic etiam *in l. fin. Cod. de pet. hered.* vsuræ debentur ex antecedente mora, & continet ea lex casum à nostro plane diuersum: Nam illic pecunia legata non erat deposita, sicut pecunia in nostro casu proponitur deposita: & ideo si ibi pecunia legata sub cautione legatariis non fuisset tradita, interim certe ea vti potuisset actor testamentum impugnans: Cum igitur ipsi vtilitas hæc, quam, præstatione pecuniæ non facta fuisset habiturus, nunc facto legatariorum absit, æquissimum est vt, euicta hereditate, recipiat vsuras, ne damnum aliquod sentiat ex facto aliorum, & legatarii cum iactura & detrimento ipsius fiant locupletiores. Atqui in casu nostro longe secus sese res habet: Nam cum proponatur pecunia litigiosa deposita, non certe, lite & controuersia pendente, vllam vtilitatem ex ea percepturus fuisset creditor, & alteri, posteri, inquam creditori ea pecunia sub cautione ex deposito non fuisset tradita: Quocirca prioritate sua postmodum demonstrata, non potest prætendere sibi occasione eius quod concreditori tradita fuit ipseque ea est vsus, quicquam abesse, cum nec vllam habiturus fuisset exinde vtilitatem, etsi in deposito interim fuisset relicta.

Minus vrget textus *in l. 3. C. arbitr. tutel.* dum illic dicitur, *Si curator post decretum*

Præsidis

Præsidis sublata pecunia, quæ ad comparationem prædiorum fuerat deposita, sibi prædium comparauit, elige vtrum malis in emptione negocium eum gessisse, an quia in vsus suos pecuniæ versæ sunt legitimas vsuras ab eo accipere, secundum quæ iudex tutelæ iudicio redditus, partem religionis implebit.

Nam perspicuum est ex hoc textu quod curator in mora fuerit, dum pecuniam pupillarem, emptioni prædiorum destinatam, suos in vsus fraudulenter conuertit, ac prædia pupillo emere non solum distulit, sed plane etiam contra fidem contraque officium intermisit. Malæ insuper fidei est possessor, malitiosus pecuniæ, ad se non pertinentis contrectator, adeoque furi similimus, quem non solum moratorem, sed & plus quã moratorem esse constat; Non igitur mirum quod vsuras præstare debeat: Quinimo pupillis etiam & minoribus moram ex re fieri, certi & explorati est iuris.

Postremo non magni momenti est quod ex *L. socium. ff. pro socio.* adducitur: Nam ibi moram à socio factam esse, expresse dicitur.

Quapropter, hisce obstaculis remotis, relinquitur vsuras extra conuentionem sine mora non deberi. Vnde firmissime concluditur quod is, qui pecuniam litigiosam ex deposito sub cautione accepit, vsuras præstare non cogatur cum moram non commiserit, vt paulo supra fuit demonstratum.

Insuper & secundo, vsuræ istæ à præfato creditore quæ præstandæ sunt, tum aut erunt lucratoriæ aut punitoriæ aut compensatoriæ: Quartum enim vsurarum genus non datur; vt eleganter demonstrat Wesenbecius. Iam vero sunt lucratoriæ, quod in confesso ac propatulo est, & ipse Mollerus haut obscure ipse profitetur: Non sunt punitoriæ, quia hæ ob moram præcedentem exiguntur *L. 17. §. 3. in fin. ff. de vsur.* Atqui moram non committi à posteriore creditore, quod lite pendente pecuniam debitori non restituit, supra demonstratum est, nec in eo vllum videtur delictum, quod pœnam mereatur, committere, cum sub cautione pecuniam ex deposito iudicis permissu sumpserit. Relinquitur proinde, quod si quæ sint in proposito, vsuræ præstandæ, eas compensatorias esse. At nec compensatoriæ sunt vsuræ, quia occasione eius, quod pecunia ex deposito acceptat vsus est creditor posterior nihil quicquam priori creditori abest, quod habiturus fuisset, pecunia in deposito relicta. Iacuisset enim otiosa: Eo igitur quod recompensari possit, deficiente, vsuræ quoque compensatoriæ deficient.

His vero ita præmissis non erit amplius ad argumenta supra adducta, difficilis responsio.

Quod enim ad primum, etsi locupletior efficeretur ex vsu pecuniæ creditor posterior sine tamen vllo prioris creditoris detrimento locupletaretur; quoniam, etsi ille pecuniam ex deposito non accepisset, non tamen quicquam vtilitatis vel commodi exinde habiturus fuisset prior creditor: Nam vt dixi, in deposito otiosa iacuisset. Locupletari autem sine alterius iactura & incommodo nec æquitati naturali, nec humanitati, nec rationi iurisquicquam repugnat. Et sane inhumanum esset id alicui denegare, aut inuidere, quod ipsi prodest & alii non nocet *L. 2. pr ff. solut. matrim.*

Ad secundum respondeo, nullo iure id niti, quod dicitur, conditionem illius, qui pecuniam ex deposito accepit, non debere exinde locupletiorem effici: Et sane, admissa ista assertione, consequens foret, nullum omnino effectum restitutionis illis ex deposito faciendę fore: Vnde nec restitutio ista siue præstatio concedenda foret, vtpote petenti plane inutilis futura.

Quocirca si mihi essent generaliter omnia debitoris bona obligata, deinde res aliqua ex illis bonis specialiter oppignorata esset fisco, ego, licet priuatus, propter anteriorem generalem hypothecam præirem fisco eoque essem potior. Sed de bonis post contractum, cum fisco initum, debitori acquisitis, anne in illis cæteris omnibus creditoribus præferatur etiam illi, qui generalē habet anteriorem hypothecā nōnihil dubitatur?

Nam pro affirmatiua sententia facit *l.28.ff.de iure fisci.* dum illic scribitur: Si qui mihi obligauerat, quæ habet habiturusque esset, cum fisco contraxerit: sciendum est, in re postea acquisita, fiscum potiorem esse debere, Papinianum respondisse, quod & constitutum est, præuenit enim causam pignoris fiscus. Ecce hic proponitur alicui omnia bona fuisse pignori obligata: postea fisco rem aliquā specialiter esse oppigneratam, & quædā de nouo debitori acquisita. Et dicitur fiscum in illis bonis præferri priuato generalem anteriorem hypothecā habētl.

Huic vero grauissime refragari videtur *l.vlt.ff.qui pot.in pign.* vbi ICtus Scæuola plane contrarium definite videtur, quod scilicet fiscus, posteriorem hypothecam habēs, priori anteferatur in bonis post ipsius hypothecam debitori acquisitis: Verba hæc sunt. *Titius Seia ob summam qua ex tutela ei condemnatus erat, obligauit pignori omnia sua bona, qua habebat, quaque habiturus esset: postea mutuatus à fisco pecuniam pignori ei res suas omnes obligauit & intulit Seia partem debiti, & reliquam summam, nouatione facta eidem promisit: In qua obligatione similiter, vt supra de pignore conuenit, quæsitum est, an Seia præferēda sit fisco, & in illis rebus, quas Titius tempore prioris obligationis habuit: Item in his rebus quas post priorem obligationem adquisiuit, donec vniuersum debitum suum consequatur: respondit, nihil proponi cur non sit præferenda.*

Bartolus in *d.l.vltim.* & Iulius Pacius *lib.5.quæst.39.* ad hanc l. vltimam respondent, idcirco ibi Seiam præferri fisco, quia ex causa agebat priuilegiata, adeoque non solum prioritate temporis, sed etiam priuilegio ipsius causæ nitebatur: Causa quippe tutelæ est priuilegiata. At in *d.l.28.* priorem obligationem non fuisse priuilegiatam, ac proinde fiscum præferri priuato.

Sed hæc responsio à plerisque reiicitur, nec subsistere potest: Tum quia in *d.l.vltim.* Seia non agebat ex causa tutelæ, sed iudicati: ex tutela siquidem Titius debitor condemnatus erat. Tum quia, cur Seia præferatur fisco, non in eo causam Scæuola esse vult; quod pecunia ex illa causa deberetur; sed quia prius hypothecam accepisset, in quam deinde, nouatione facta, conuentione successisset. Don. *in tractat.de pignor. cap. 14.* Tum etiam quia tacita hypotheca, quæ ratione tutelæ per legem conceditur l. pro officio. Cod. de admin. tutor. l. vnic. §. *1.* Cod. de rei vxor. act. fauorabilior & potentior non sit, quam quæ fisco tribuitur. Imo fisci hypothecam esse fauorabiliorem apparet ex *leg.1.§.ex illa.ff.ad legem Cornel.de falsis.* vbi Marcianus refert, ex Diui Seueri & Antonini constitutione, falsi pœnam irrogari tutoribus & curatoribus, qui ante redditam rationem administrationis cum fisco contrahunt. Cuius constitutionis ratio alia non fuit quam singularis pupillorum fauor, quibus licet tacitam hypothecam habentibus, fiscus tamen ex sua tacita præferretur si eorum tutoribus & curatoribus ante restitutam tutelam vel curam cum fisco contrahere permitteretur. Anton. Fab. *libr.2.coniect. cap.10.* Tum quia priuilegium pupilli tutelæ actioni cohæret; quæ personalis est: Nec in hypothecariam, quæ realis est valet *l. eos qui. 9. Cod. qui pot. in pignor.*

Tum quia Scæuola proponit nouationem voluntariam interuenisse: At illa nouatione priuilegium nouatæ actionis cum actione ipsa perimitur *l. aliam 29 ff. de Nouat.* Hotom. *in epit. iur. qui pot. in pign. n. 7.*

Accursius igitur respondet *in d. l. vltim.* fiscum præferri Seiæ in iis omnibus, quæ post priorem obligationem acquisita sunt, prius tamen, quam cum fiscus traheretur. Sed huic interpretationi refragatur generalitas verborum *in d. l. vltim.* dicit enim absolute Scæuola, Seiam fisco præferri, in his rebus, quas post priorem obligationem adquisiit, nec distinguit, an cum fisco iam tum contractū fuerit, an vero minus. Etsi autem Franciscus Hotom. *in epitom. iur. tit. ff. qu. pot. in pign. n 7.* hanc Accursii responsionem approbet, & verba ista Scæuolæ: *In rebus, quas post priorem obligationem adquisiit*: ita accipi velit, quasi ICtus etiam adiecisset, ante posteriorem obligationem, eo quod in illis rebus, quæ post obligationem posteriorem adquisita sunt, Imperialib. constitutionibus fisco priuilegium tributum sit; hæc tamen eius assertio partim in coniectura consistit, partim principium manifeste repetit.

Antonius Faber *d. c. 10.* respondet: Scæuolæ sententiam illam esse, vt in iis quoque bonis, quæ post fisci obligationem acquisita sunt; Seia fisco præferatur; factā noua ic néc & secundā hactenus vt in illis, quæ post factam nouationem & secundam obligationem adquisita sunt, non præferatur; quod vtrumque maximam, inquit, rationem habet: Nam in iis, quæ post priorem obligationem & ante nouationem adquisita sunt, ideo præfertur, quod nouationis potestate factum est, vt quæ priori obligatione futura bona dicebantur, ea facta sint præsentia, quæ sci icet tempore prioris obligationis iam quæsita erant vt in omnibus Seia fisco præferatur: Nec enim dicendum est nouationem ei nocere debere, vt quæ antea fisco prior erat, eadem posterior fisco facta sit *argum. l. 1. ff. de nouat.* Cum certi iuris sit priorem creditorem, qui postea nouatione facta, eadem pignora accepit, sibiipsi in suum locum succedere & superioris temporis ordinem retinere *l. 3. pr. l. Creditor. 12. §. Papinianus. ff. qui pot. in pignor.* At in iis, quæ post nouationem factam adquisita sunt, Papiniani & Vlpiani sententia *in d. l. 28.* locum esse dicit; ita vt fiscus iure tacitæ hypothecæ causam pignoris præuenisse censeatur: Idque est, quod Scæuola ait, Seiam fisco præferri in iis etiam rebus quæ post priorem obobligationem acquisitæ sunt. Secundam quippe obligationem non eam interpretari debemus, quæ cum fisco cōtracta est, sed eam, quæ cum Seia, cum qua etiam prior contracta erat: Nec potest hic obiici, nouationem in fraudem fisci esse factam; cum is in fraudem non faciat, qui sibi prospicit, ne suum perdat neue pignorum quibus sibi cautum erat, persecutionem amittat propter obligationem posteriorem cum fisco cōtractam. *argum. l. Iulianus. 42. ff. de acquir. heredit. l. mater. 27. §. 1 ff. si quis omiss. caus. testam. l. summa 21. ff. de pec.* Ratione autem pecuniæ post fisci obligationem creditæ non præferretur, quoniam hoc sine fisci & priorum creditorum fraude fieri non posset *d. l. 12. §. Papinianus. ff. qui pot.*

Hugo Donellus *in tractat. de pignor. c. 14.* ait, *in d. l. 21.* verbū illud *contraxerit* nō esse futuri, sed præteriti temporis. Vt sit sensus; Si qui mihi obligauerat, quæ haberet habiturusue esset, cum fisco contraxerit, quam mihi obligaret, quæ habebat. Vt ita Vlpianus confirmet de fisco id ipsum, quod ante de priuato dictum erat, quod nempe si fisco bona omnia generaliter obligari cœperit, is omnibus sequentibus præferatur, quibus

omnia

omnia bona eodem modo obligata sunt etiam in iis rebus, quæ postea quæsitæ sunt; quia fiscus pignoris causam præuenerit, etiamsi priuatus rerum acquisitionem præuerterit: vt ita ICtus velit fiscum priuati iure in proposito vti. Hanc autem interpretationem confirmat illud quod fiscus dicitur *causam pignoris præuenisse*. præuenire autem causam pignoris nihil aliud est, nisi prius causam pignoris occupasse vt in illo accipiendo prior esset tempore, vt textus est expressus *in l. 2. Codic. qui pot in pign. & l. 2. Cod. de priuileg. fisci.*

Nec est quod quis opponat, hac interpretatione admissa, nullam fore rationem dubitandi, cum plus quam certum ac perspicuum sit quod fiscus anteriorem hypothecam habens, præferri debeat posteriori priuato.

Respon. Etenim quæ ratio dubitandi fuit in priuato, eadem quoque fuit in fisco.

Nam cum fisco generalis hypotheca omnium bonorum quæsita esset, postea priuato itidem generalis, vtrique vero ea conditione, si quæ postea quæsita essent debitori, dubitari potuit, an si quid post vtramque obligationem quæsitum esset, fiscus & priuatus in eodem concurrere deberent, an alter alteri præferri. Et multo iustius hoc in fisco, quam in priuato recipitur, quia tacita conuentione bona ipsi censentur esse oblig. ta. Et hæc interpretatio & sententia Donelli mihi quoque præ cæteris arridet.

Constat igitur ex hactenus dictis quod fiscus, etsi ex lege priuilegium habeat tacitæ hypothecæ, non tamen creditoribus anteriorem hypothecam habentibus præferatur, sed ab his excludatur, atque sic, quoad prælationis ius, eiusdem sit cum priuato conditionis.

Quæst. 39. An fiscus præferatur anteriori hypotheca tacita?

Hoc autem non solum procedit in expressa, sed etiam in tacita hypotheca: Verbi causa: Ego in domum tuam, quam mihi locas, inuexi & induxi aliquas res quæ tacite tibi pro mercede oppignerantur, sed postea contraho cum fisco, ex quo contractu etiam fisco tacita hypotheca omnium rerum mearum oritur: atque sic vterque meus creditor, Tu & Fiscus tacitam habetis hypothecam, quæritur vtrum tu præferri debeas, vtpote antiquiorem tacitam hypothecam habens, an vero te fiscus præcedat?

Sed, vt dixi, verius est, quod & hic priuatus anterior præcedat Fiscum posteriorem.

1. Quia regulariter est verum quod Respublica & fiscus vtitur iure priuatorum nec prærogatiuam aliquam habet nisi illud expressa aliqua lege demonstrare possint *l. aufertur. §. qui compensationem ff. de iure fisci. l. item. §. in priuatorum. ff. de petit. heredit.* Atqui priuatus hoc vtitur iure vt priorem tacitam hypothecam habens præferatur habenti hypothecam tacitam posteriorem; nec aliud de fisco expressum requiritur: Igitur fisco quoque, in tacita hypotheca posterior præfertur priuatus tacita anteriori hypotheca subnixus.

2. Quia est regula, quod qui prior est tempore, potior sit iure *l. 2. & 4. Cod. qui pot. in pignore.* quam regulam in tacitis quoque hypothecis locum habere certum est. Atqui fiscus tacitam habens hypothecam, non excipitur illo in loco al. hac reg. ila.

Sed huic sententiæ aduersatur *l. 8. ff. qui pot. in pign.* quæ ita habet: *Si pignus specialiter Respublica acceperit, dicendum est præferri eam fisco debere, si postea fisco debitor obligatus est, quia & priuati præferuntur.*

Ex hisce verbis intelligitur quod Respublica ita demum præferatur fisco si specialiter, hoc est, expresse acceperit pignus, illudque antequam fisco hypotheca iisdem in bonis fuerit acquisita. Proinde & priuatus sic demum propter

anteriorem hypothecã præfertur fisco, si specialiter, siue expresse eam acceperit.

Non sane leuis aut friuola est hæc obiectio: Nam si hic est, quem dixi, *d.l.8.* sensus, facile respondebitur ad contraria argumenta, cum & singulare ius fisco sit tributum atque exceptio satis euidenter stabilita.

Sed ad hoc argumentum respondetur, illud ex *d. l. 8.* petitum, à contrario sensu concludere & ideo exceptionem à regula communi non inducere *l. præcipimus. C. de appellat.*

Sed quidnam in dubio faciendum, quando non potest certo constare, priuatus, an vero fiscus sit prior, vter alteri præferendus erit?

Quæ. 40. *Quid faciendum in dubio, quãdo non potest constare vter sit prior vel posterior?*

Et quod priuatus præferatur fisco probat textus *in l. Non puto. ff. de iure fisci:* vbi Modestinus scribit; Non delinquere eum, qui in dubiis quæstionibus contra fiscũ facile responderit. Vnde colligitur, in dubio non pro fisco contra priuatum, sed pro priuato contra fiscum esse pronunciandum. Quapropter, iuxta istam regulam, dicendum erit, quando non constat, vtrum fiscus, an vero priuatus anteriorem habeat hypothecam, contra fiscum pro priuato respondendum & fisco priuatus anteferendus erit.

Etsi autem Anton. Neguzantius *de pignor. part. 2. membr. 4. num.* 118. secutus Iasonem *in d.l. non puto*, statuat fiscum in causa onerosa præferendum esse priuato, in lucratiua vero contra, priuatum esse præferendum fisco: Et ideo quando fiscus prætendit causam lucratiuam, vt quia contra indignum, vel petit pœnam ex causa delicti, tunc priuatus præferetur fisco: sed quando fiscus prætendit causam iuris proprii, vel agit ex aliquo contractu tunc fauendum erit potius fisco quam priuato.

Veruntamen obstat huic distinctioni *d.l. Non puto.* quæ generalis est & indistincte loquitur de quæstionibus dubiis, nec sese ad causam lucratiuam vllo verbulo restringit. Nec moueor quod causa dotis & causa fisci pari nitantur fauore: In dubio autem causa dotis sit potior, causa priuata: Et ideo etiã fisci causa in dubio præponderare debeat causæ priuatæ. Nam ista comparatio fisci & dotis quoad ius & priuilegium prælationis nullo in textu fundatur. Quinimo quod comparatio fisci & dotis, quoad ius prælationis, non procedat, exinde luculenter patet, quod dos præcedat, omnibus aliis creditoribus expressam etiam hypothecam habentibus, quod sane priuilegium fisco nemo arrogare potest propter expressum textum *in l. 8. ff. qui pot. in pignor.* Deinde quod, maxime in dubio casu, de quo nunc loquimur, potior sit causa priuati quam fisci, claram & expressam habemus decisionem *in d. l. Non puto.* & ideo huiusmodi illationibus plane non est opus. Postremo in causa prælationis nullam habere fiscum præ priuato prærogatiuam euincit textus *in l. si pignus. 8. ff qui pot. in pign.*

Minus obstat hæc ratio, quod fiscus in bonis quæsitis post suam obligationem præfertur priuato habenti anteriorem hypothecam *l. si is qui. ff. de iure fisci.* Et ideo, cum in illis præferatur priuato in quibus priuatus est potior fisco, præferri similiter etiam debeat, quando sumus in dubio.

Ex illis porro, qui tacitam habent hypothecam cum priuilegio prælationis, est quoq; mulier; Cui Imperiales constitutiones non solum de tacita hypotheca omnium bonorum mariti pro dote, amplissime prospexerunt, sed etiam hoc priuilegium ipsi dederunt vt omnibus mariti creditoribus præferretur. Ita quippe hac ipsa de re Iustin. scribit *in §. fuerat. I de actionib. Sed & tacitam ei (mulieri) dedimus hypothecam; præferri autem alius creditoribus in hypothecis tunc censuimus, cum ipsa mulier de dote sua experiatur, cuius solius*

Quæ. 41. *An quonam tempore tacitam hypothecam incipiat mulier habere?*

fessus prouidentia hoc induximus. Et *in L. Assiduis. C. qui pot. in pign.* ad quam sese in citato loco refert Iustin. his verbis vtitur: *Ad hac omnia respicientes & reminiscentes q & alias duas constitutiones fecimus pro dotibus, mulieribus subuenientes & hac omnia in vnum colligentes, sancimus ex stipulatu actionem, quam mulieribus iam pro dote instituenda dedimus, cuique etiam tacitam donauimus inesse hypothecam, potiora iura habere contra omnes mariti creditores, licet anterioris sint temporis priuilegio vallati. Cum enim in personalibus actionibus (secundū quod diximus) tali priuilegio vtebatur res vxoria: Quapropter nos in hypotheca hoc mulieri etiam non indulgemus beneficium, licet res dotales vel ex his alia comparata non extent, sed quocunque modo vel dissipata, vel consumpta sint, si tamen reipsa fuerint patri mariti data? Quis enim earum non misereatur propter obsequia, qua maritis prastant, propter partus periculum & ipsam liberorum procreationem pro quibus multa nostris legibus sunt inuenta priuilegia, &c.*

Sed hic dubitatio suboritur à quo tempore tacita ista hypotheca cum priuilegio prælationis mulieri deberi & competere incipiat, anne à tempore dotis promissæ, an vero à tempore dotis traditæ?

Et quod statim à tempore factæ promissionis incipiat priuilegium mulierum statuunt Antonius Neguzan. *in tract. de pignorib. part. 2. membr.* 4. *n.* 80. Iohannes Sichardus *ad l. Assiduis.* Boerius *decis.* 331. *num.* 1. Bartol. & Salic. *in d. l. Assiduis.*

Confirmatur autem hæc opinio sequentibus fundamentis.

1. *In l. 1. pr. ff. qui pot in pignor.* proponitur aliquis pro muliere promisisse dotem & dicitur is pro dote restituenda hypothecam accepisse; quam hypothecam postmodum numeratio, siue traditio dotis sit secuta. Vnde certe manifeste patet quod priuilegium tacitæ hypothecæ non demum à die numerationis dotis sed ante numerationem à die promissionis, competere incipiat.

2. Accedit deinceps huic fundamento & ista ratio, quod neminem lateat in dubio pro dote respondendum esse *l. in ambiguis. ff. de iure dot.* quodque fauores dotis sint ampliandi, non vero restringendi *cap. odia. de Regul Iur.* Iam vero variis Dd. concertationibus & disputationibus valde dubium redditur, quonam à tempore dotis priuilegium incipiat: Igitur fauore dotis est dicendum quod tacita hypotheca in bonis mariti; vt est priuilegium prælationis mulieri statim à tempore promissæ dotis potius, quam solutæ competat.

3. Confirmat eandem sententiam etiam elegans textus *in l. vnic. §. 1. C. de rei vxor. act.* vbi, cum Imperator tacitam hypothecam in bonis mariti tribuisset mulieri; subiicit in fine istius §. hæc verba: *Et nemo nos putet hoc sarcire in his tantummodo dotibus, qua instrumentis recepta sunt: Nihil enim prohibet esse sine scriptis dos vel detur vel promittatur vel suscipiatur, similimodo intelligi factam stipulationem & hypothecam ex vtraque parte quasi fuerit scripta.*

Hic rursus, ad hoc, vt priuilegium prælationis tacitæque hypothecæ competat vxori, nih interesse ostenditur dos promissa, an vero data sit.

4. Denique si sententia contraria reciperetur & mulier demum à die solutæ dotis hypothecam tacitam in bonis mariti haberet, magnum certe præiudicium crearetur mulieribus, quarum à parentibus sæpe admodum tarde dos soluitur.

Statuendum proinde videtur, quod protenus à die promissæ dotis, priuilegio hypothecæ & prælationis mulier gaudeat.

Quod tamen ipsum ita demum admittendum censet Neguzant. quando tempore

tempore promissionis contractum est matrimonium, quia dos absque matrimonio nullo modo subsistit; & consequenter nec dotis priuilegia ante contractum matrimonium vlla competere possint, cum non-entis nullæ sint qualitates, nullæ considerationes.

Atque hoc esse puto quod scribit Andr. Gailius 2.*obseruat.86. n.* 3. vxorem pro dote, statim à die nuptiarum, secundum communem opinionem, tacitam hypothecam in bonis mariti habere.

Cæterum pro contraria sententia, quod nempe hypotheca tacita initium sumat à tempore solutionis, siue numerationis & traditionis, sequentibus rationibus probatur.

1. Quod expressa quidem hypotheca statim ex conuentione habeat originem incipiatque à die factæ promissionis, quoniam retrotrahitur expressa hypotheca ad tempus conuentionis, non vero etiam tacita hypotheca: Vnde etiam *l.1. ff. qui pot. in pign.* non de tacita, sed de expressa hypotheca intelligi debet.

2. Quia stante ista opinione contraria, quod ius tacitæ hypothecæ ad tempus promissæ dotis referri debeat, consequens foret duo singularia circa idem subiectum concurrere, quod perquam foret absurdum. Nam primo induceretur tacita hypotheca fauore dotis, secundo retrotraheretur ad tempus promissionis contra *not. in l.* 1. *Codic. de dot. promiss.*

3. Quia *in l. Assiduis. C. qui pot. in pign.* Iustinianus Imperator sic demum mulieribus hoc priuilegium vult competere si dotes fuerint reipsa patri mariti datæ: *in verb. Quapropter nos hypotheca hoc mulieri etiam nunc indulgemus beneficium, licet res dotales vel ex his aliæ comparatæ non extent; sed quoquo modo vel dissipatæ, vel consumptæ sint: si tamen reipsa fuerint patri mariti datæ.* Ex quo videtur manifeste relucere quod non prius initium habeat tacita hypotheca quam si dos fuerit reipsa data seu numerata. Idem colligunt *ex l.1. ff. de dot. caut.*

4. Quia *in l. Hac edictali 6. §. omnibus. 2. C. de secund. nupt.* vbi matre ad secundas nuptias transeunte, liberis pro bonis, quæ ex substantia patris ad matrem peruenerunt, tacita hypotheca obligantur bona materna; ita tamen vt tacita ista hypotheca originem & initium habeat à die qua res illæ ad matrem peruenerunt. Ergo & illa hypotheca tacita, quæ vxori in bonis mariti pro dote restituenda competit, non à die promissæ, sed à die traditæ hypothecæ initium habere videtur.

5. Accedit his etiam textus *in l. penult. §. Iura. C. de donat. ante nupt.* in quo iura quæ ad augendam donationem propter nuptias, vel dotem pertinent, ex eo tempore initium dicuntur accipere ex quo eædem hypothecæ contractæ sunt, atque sic non retrotrahuntur.

6. Adducitur deniq; in eandem sententiam etiam *l.6. in fine. C. de bonis quæ liberis:* Nam ibi illa tacita hypotheca, quæ in bonis patris, pro bonis maternis, per eum alienatis, inducitur, ad tempus, quo pater incepit administrare retrotrahi dicitur.

Sed hæc sane argumenta non admodum sunt magni momenti.

Quod enim ad primum argumentum attinet, controuersum adhuc est, anne tacita hypotheca retrotrahatur an vero non; Imo hoc ipsum est, quod nunc controuertitur. Igitur pro principio concesso & indubitato allegari non potest. Deinde non conceditur dissentientibus quod *d. l.1. ff. qui pot. in pignor.* loquatur de expressa hypotheca: Nam de hypotheca in genere eam esse conceptam plus quam est manifestum & verba eius satis indicant. Deinde posito eo, quod *d. l.1.* omnino sit intelligenda de expressa

hypo-

hypotheca; idem tamen expressi & taciti est robur, idemque iudicium *l. cum quid ff. si cert. pet.* & quamuis quandoque plus operetur quam expressum, quam tacitum, sufficit tamen quod regula est in contrarium: Qui vult se fundare in exceptione, regulam probare debet. Hinc concludit Neguzant. quod hæc tenenda sit sententia tacitam hypothecam retrotrahi ad tempus promissionis factæ.

Ad secundum argumentum respondetur, illud, quod hypotheca tacita, mulieri competens retrotrahatur ad tempus promissionis, non sit speciale in dote, sed sit generale in quolibet alio creditore, quando scilicet non est in voluntate, sed in necessitate receptio crediti: Nam tunc semper hypotheca retrotrahitur ad tempus promissionis *d. l. 11. ff. qui pot. in pign. l. qui balneum pr. ff. eod. tit.* Deinde & hoc responderi potest regulam istam quod duo singularia circa eandem rem simul concurrere nequeant, falsissimam esse, merum figmentum Doctorum continere, nec vllo in loco iuris nostri fundari.

Ad tertium argumentum hæc est responsio, verba ista *d. l. Assiduis*, si tamen *re-ipsa fuerint patri mariti tradita.* ex sententia Bartoli, hoc modo esse supplenda *vel promissa.* Huius autem suppletionis, quam Neguzant. quoque approbat, extat fundamentum *in l. vnic. §. 1. C. de rei vxor. act.* in cuius. §. *Et vt plenius 1.* expresse asseritur, tacitam hypothecam competere vxori, siue data fuerit siue promissa dos; id quod aliquoties etiam ibidem repetitur. Et profecto non infrequens est id quod vno in textu prætermissum est ex alio textu suppleri; sed potius ratio recta in interpretãdi iura id fieri omnino suadet.

Ad quartum, quintum & sextum respondetur, allegatas leges nihil omnino ad rem pertinere; quoniam aperte loquuntur extra propositam materiam; & ideo, quæ inde deducuntur argumenta, à diuersis & separatis procedunt.

Quocirca de Iure communi puto opinioni illorum omnino subscribendum arbitror, qui statuunt, quod priuilegium tacitæ hypothecæ ac prælationis, mulieri in bonis mariti tributum, ex tempore promissæ dotis, etiam ante traditionem eius competat.

Equidem iure Saxonico, etsi quantum ad illa, quæ mulieribus defunctis, superstitib. illarum maritis debentur, ante conscensionem thalami, matrimonium pro consumato non habeatur, tamen cum de priuilegio tacitæ hypothecæ & prælationis illatæ dotis agitur, matrimonium statim post copulationem à sacerdote in templo factam, pro completo habetur, sic vt ab eo tempore mulier præfatum habeat priuilegium, si modo vel ante, vel post copulationem dos realiter & actualiter fuerit numerata. Et hoc aperte cautum & constitutum est, Electorali Saxonica constitutione 24. *part. 2.* cuius verba ita habent: Ob wol in Rechten zweiffelhafftig fürfället / von welcher Zeit an das Priuilegium tacitæ hypothecæ, so ein Eheweib wegen ihrer zugebrachten Mittgifft in ihres Mannes Gütern hat / anfangen solle. So haben sich doch vnsere Verordnete verglichen / daß von Zeit der vollngezogenen Ehe / vnd also wann der Kirchgang geschehen / solch es priuilegium dotis (jedoch wañ die Mittgifft folgends oder zuuor würcklich einbracht / vñ dasselbig beweiset wird) seinen Anfang haben vnd gewinnen soll / darnach vnsere Gerichte hinführo zusprechen haben.

Quæ. 42. An mulier ius tacita hypotheca ac prælationis habeat quando sibi de expressa hypotheca prospexit?

Succedit nunc huic quæstioni & alia controuersia: Controuertitur enim inter DD. anne mulier & tunc habeat ius tacitæ hypothecæ ac prælationis, quando sibi per conuentionem de expressa hypotheca prospexit.

Etenim mu'ti sunt in ea sententia quod quando mulier sibi expressam hypothecam in bonis mariti acquisiuit, debeat vtiiure communi atque hypothecam tacitam vna cum prælationis priuilegio perdat.

Mouentur autem ista ratione quod quando mulier sibi expresse cauit de hypotheca per hoc videatur renunciasse priuilegio suo hypothecæ tacitæ siue legalis, idque per *l. final. C. de pact. conuent.* vbi dicitur, prouisionem hominis facere cessare prouisionem legis; & ideo qui ipse sibi prouidet, videatur renunciasse priuilegio & prouisioni legis.

Alii vero in contrariam concedunt sententiam, statuentes quod per illam conuentionalem hypothecam, non pereant priuilegio hypothecæ tacitæ, per legem introductæ.

Hoc vero idcirco quia paciscentes possunt quidem causam dotis facere meliorem, hoc est, possint per pacta efficere vt dos habeat plura priuilegia & pignora, quam sint ei à legibus expressim concessa, non tamen possint facere paciscentes conditionem dotis deteriorem. *l. si vnus 27. §. quod & in specie. ff. de pact. l. de dit. l. Attilicinus ff. de pact. dotal.* Iam vero conditio dotis fieret deterior, eiusdemque priuilegia & beneficia minuerentur, si propter conuentionem expressam mulier à priuilegiis communibus arceretur. Non igitur admittendum est quod mulier à tacita hypotheca & prælationis iure excludatur propter hypothecam expressam, quam in bonis mariti sibi acquisiuit.

Nec quicquam huic contrariantur *l. Etiam. l. iubemus C. ad SS. Vellejan. l. Manin. §. 1. ff. so'ut. matrimon.* vbi asseritur quod mulier potest renunciare suæ hypothecæ, etiam ipsi viro.

Respondet enim Alexand. *in d. l. Mania* quod hoc solum procedat in hypotheca conuentionali, quoniam non est tanta ratio prohibitionis in hypotheca conuentionali, in qua mulier renunciat fauori introducto ex sua prouisione, quanta est in hypotheca legali, de qua *in d. §. Et vt plenius.* Cum lex magis laboret de auxilio sua prouisione inducto, quam de auxilio, hominis prouisione introducto conseruando.

Sed reiecta ista responsione, eo quod non videatur maior ratio, quoad renunciationem esse in tacita, quam in expressa renunciatione *l. Cum quid. ff. si cert. petat.* respondet Neguzant. in adductis & obiectis legibus sic demum mulierem posse hypothecæ suæ expressæ, siue conuentionali renunciare, vt apud maritum maneant bona pro dote sufficientia; quoniam tunc non videatur ius dotis constitutum.

Quapropter cum regulariter & totiens non possint mulieres renunciare conuentionali hypothecæ quotiens ius dotis deterius constituitur; consequens est quod supra statuimus fœminas, de expressa hypotheca sibi prospicientes, non censeri tacitæ hypothecæ suo priuilegio renunciasse; cum nec alias in dubio aliquis beneficio suo renunciasse intelligitur.

Nec obstat prioris opinionis fundamentum, quod nempe prouisio hominis facit cessare prouisionem legis: Hoc enim in dubio procedit ac quando ratio vel regula iuris non obstat: At hic aperta iuris regula, in æquitate naturali fundata, luculentissime refragatur: pacto siquidem omnis, qua ius & priuilegium dotis diminuitur, vtpote publicæ vtilitati contraria, improbatur in legibus supra citatis. Quocirca etsi alias regula generalis esset, tamen suum perderet officium præsenti in casu; Cum & alias ita sit comparatum vt ius generale cedat particulari *l. in toto. ff. de Reg. Iur.* Priuilegium porro dotis, quod mulieri tributum est, in eo consistit vt anterioribus

mariti

mariti creditoribus præferatur in bonis mariti eosdemque vsq; dum satisfactum ipsi fuerit, excludat. Verû hic valde ambigitur de vero illius constitutionis sensu. Sunt enim qui hoc duntaxat referant creditores anteriorem tacitâ hypothecam habentes; sic, vt illis demum creditoribus vxorê debitoris præferri velint, qui tacitam habuerint hypothecam: Alii vero hoc beneficium mulieris extendunt sic vt locum habeat, siue creditores mariti expressam, siue tacitam habeant hypothecam. Pro illorum sententia, qui statuunt quod mulier anterioribus creditoribus etiam expressam hypothecam habentibus præferatur, hæc videntur facere argumenta.

Quæ. 43. An vxor in bonis mariti præferatur creditoribus expressam anteriorem hypothecam habentibus?

1. Clari & expediti est iuris, quod is, qui credit alicui ad reficiendam domum, quę prius alteri expresse est hypothecata, tacitam habeat in domo hypothecâ tali cum priuilegio coniunctam, vt præferatur aliis creditoribus, expressam hypothecam habentibus *l. interdum & l. seq. ff. qui pot. in pign.* Iam vero mulier ratione dotis præfertur ei qui ad refectionê dotis credidit *Nou. 97. c. 2. & 3.* Et hoc argumentum dicit Ioha. Sichar. *in d. l. Assiduis. C. qui pot. in pign.* esse tale vt non possit bene solui. Et quanquam Hugo Donell. resp. mulierem præferri *in d. Nou. 97. c. 3.* non priorem, sed posteriorem hypothecam habenti creditori, qui ad rem emendam credidit; Et ideo non sic recte exinde colligi: Mulier præfertur habenti posteriorem hypothecam: Ergo præfertur habenti hypothecam priorê expressam.

Fateor n. ꝙ hoc arg. non concluderet, si ille qui in rem reficiendâ & cõseruandâ credidit, exindeq; tacitâ ea in re hypothecâ est nact⁹, nô præferretur aliis creditorib. expressâ hypothecâ habêtib. hoc igitur priuilegio cû gaudeat qui ad rem reficiendam credidit, ipsiq; mulier præferatur, consequens omnino est quod & mulier cæteris præferatur creditoribus, qui expressam hypothecâ habent. Nam si vinco vincentem te, i. e. te maiorem & fortiorem vinco etiam te *l. de accessionib. ff. de diuers. & temporal. præsc.* Et sic cû mulier vincat credentê in refectionem rei, qui est maior & potior, quâ habens expressam hypothecam priorem, consequitur infallibiliter quod vincat etiam eum, qui expressam habet hypothecam.

2. Eandem quoq; sententiam expresse confirmant verba ipsius textus *in d. l. Assiduis.* quæ generalia sunt, ait enim Imperator, mulierem habere prærogatiuam *contra omnes mariti creditores.* Iam vero stante contraria sententia, quod mulier præferatur tantum tacitam anteriorem hypothecam habentibus creditoribus, non contra omnes haberet mariti creditores prærogatiuâ, sed contra aliquos duntaxat, & sic Iustin. aperte & quasi in faciem contradiceretur. Et sane nec in ista *lege Assiduis.* nec vspiam in iure distinguuntur creditores expressam habentes ab iis, qui tacitam tantum habent. Et *in §. fuerat. I. de actionib.* itidem generaliter & indistincte loquitur Iustin. præferri, inquiens, aliis creditoribus in hypothecis censuimus, &c. vt taceam ꝙ verbum hypothecæ, quo Iust. n. tam *in d. §. fuerat.* quam *in d. l. Assiduis.* vtitur, generale sit, & magis vsitate ac proprie de expressa hypotheca, quam de tacita vsurpetur. *§. inter pignus ff. de act. l. 2. pr. & §. 1. C de prætor. pign. l. Res hypothecæ in fine ff. de pignor.*

3. Accedit quod multis in locis diserte dicatur, mulierem in bonis mariti potiorem esse anterioribus creditoribus *l. vlt. C. qui pot. in pign. §. fuerat I. de action. l. 30. C. de iure dot. Nou. 97 Nouell. 190. c. 1.* Iam vero in iure nostro verba propria in significatione accipi debent *l. sancimus C. de Nupt. l. Non aliter. ff. de legat. 3.* Igitur hypotheca quoque cum in istis textibus mulier præferri dicitur, non erit de facta ista, legalis & tacita hypotheca, sed hypotheca expressa intelligendum.

 4. Insuper

4. Insuper & hoc merito in conditionem venit, quod ratio prædicti priuilegii, fœminis in bonis mariti concessi quæ *in d. l. Assiduis. versic. Et hoc cum in personalibus & versic. quis enim.* exposita est, generalis sit & non solum in anterioribus tacitis, sed etiam in anterioribus expressis hypothecis locum habeat: Nam ista ratio desumpta est ex fragilitate mulieris, ex obsequiis, quæ marito præstat, ex periculo partus, ex procreatione liberorum, ex inopia mulieris, quæ in bonis nihil habere solet præter dotem, ex officio denique mariti quo ille cogitur omnimodo dotem restituere vxori; At hæc omnia esse generalia & æque ad expressam atque tacitam hypothecam referri debere, manifestum est, nec solum demonstrare quod mulier digna sit, quæ præferatur creditoribus anteriorem tacitam hypothecam, sed etiam anteriorem expressam hypothecam habentibus.

Respondet quidem Donellus hoc argumentum fore concludens, nisi obstaret summa iniquitas atque iniuria, quæ exinde in creditores, qui sibi de hypotheca expressa conuentione prospexerunt, redundatura esset: Hoc autē tenendum esse omnia beneficia concedi solere absque tertii iniuria atque detrimento *l. Nec auus. Cod. de emancip. liberor.*

Sed de hac iniuria, quam inferri dicit anterioribus creditoribus, postea videbimus.

5. *In d. l. Assiduis. Cod. qui pot. in pign.* ait Iustinianus se pleno iuris articulo in hoc priuilegio consummasse, quod veteres cœperant: at pleno iuris articulo non consummasset, nisi mulierem omnibus creditoribus anterioribus prætulisset.

6. *In l. 30. pr. C. de iure dot.* expresse scribit Iustinianus; *Neminem creditorum mariti, qui anteriores sunt, posse sibi potiorem causam in hu per hypothecam vindicare, &c.*

7. Ad hæc notum est quod expressi & taciti eadem sit conditio, maxime si & eadem sit vtriusque ratio *l. cum quid. ff. si cert. petat* Hic autem eandem esse rationem expressæ & tacitæ hypothecæ, ex iis, quæ postea dicentur, relucebit luculentissime.

8. Insuper si vera esset ista sententia quod mulier præferatur anterioribus creditoribus tacitam solum hypothecam habentibus, priuilegium *d. l. Assiduis.* quod plenissimum & amplissimum esse voluit Imperator, prout verbis disertis ibidem testatur, foret angustissimis terminis circumscriptum: Sunt enim certi neque ita multi casus, quibus lex tacitam hypothecam induxit, vt in rebus illatis, inductis & inuectis in prædium vrbanum *§. item seruiana. I. de action.* in rebus tutoris erga pupillum *l. pro officio. ff. de administrat. tutor.* In domo, quæ credita pecunia reficitur. *l. creditor. ff. si cert. petat.* Et denique in contractibus fisci *l. 2. Cod. in quib. causis pign.* Hisce igitur anterioribus solum præferretur mulier ex priuilegio *d. l. Assiduis.* atque ita admodum restringeretur mulierum priuilegium. Cum tamen fauor publicus, qui in causa dotis elucet & singulorum cōmodis anteponi debet, *l. 1. ff. solut. matr. l. ius publicum. ff. de pact. l. Nec ex pretorio. ff. de Reg. Iur. l. vtilitas. de primipil.* plenissimam mereatur interpretationem *cap. odia de Reg. Iur.*

9. Nemini porro obscurum est quam dubia sit hæc controuersia Doctorum disputationibus reddita. Iam vero certissima & infallabilis iuris regula est quod in ambiguis pro dotibus respondcri debeat *cap. vlt. de sent ent. & re iudicat. l. in ambiguis. Digest. de Reg. Iur.*

Atque hanc sententiam tuentur Iacobus Cuiacius in locis ab Authore allegatis. & *in d. l. Assiduis.* Ant. Guiberr. Costan. *in tract. de dot. cap. 7. num. 5. & sequentibus.* Vanderan. *de priuileg. credit. c. 4.*

Hubertus

Hubertus Giphanius & Cynus *in d. l. Assiduis.* Mud. *in tractat. de pignoribus. cap. quib. mod. pign. n. 97.* Vaud. *1. quaest. 21* Andr. Fachin. *lib. 3. controuers. c. 99.* Myusing. *1. obseruat. 61. & 4. obseruat. 13.*

Caeterum pro contraria sententia faciunt sequentia fundamenta.

1. Receptum & iure cautum est fiscum & mulierem paribus passibus procedere, id est habere eadem priuilegia *l. 2. & ibi gl. ff. fin. de priuileg. fisci.* Atqui priuatus, expressam hypothecam habens praefertur fisco habenti tacitam hypothecam *l. si fundum C. qui pot. in pignor. l. si pignus. ff. eod.* Ergo priuatus expressam anteriorem hypothecam habens, praefertur mulieri habenti tacitam posteriorem hypothecam. Et ad hoc argumentum non posse respondere ait Sichardus *in d. l. Assiduis. Cod. qui pot. in pign.*

2. Idem quoque euincitur ex *d. l. assiduis* ait enim mulierem praeferri omnibus creditoribus habenti hypothecas priuileg'o anterioris temporis vallatas; quibus verbis hoc significatur quod mulieres praeferantur creditoribus anterioribus, sed iis solum, qui ex priuilegio anteriores habuerint hypothecas. Atqui ex priuilegio legis habere dicuntur hypothecas, qui tacitas habent, ex conuentione vero, qui habent expressas; Hoc igitur sentit & sancit Iustinianus mulierem praeferri illis solum anterioribus creditoribus, qui tacitas habuerint hypothecas.

3. Ad haec, potior est hominis cautio dispositione legis *l. Et habet. §. 1. ff. de precar. l. vltim. C. de pact. conuent.* Andr. Alciat. *in l. 1. ff. solut. matrimon.* Atqui creditores anteriores, hypothecam expressam habentes sua cautione nituntur; Mulier autem solum dispositione legis *l. vnic. C. de rei vx. or. act. d. l. Assiduis.* Quocirca tempore anteriores creditores potiora iura obtinere & mulieri praeferri videntur.

4. Insuper priuilegia, quae principalibus constitutionibus tribuuntur ad alienam iniuriam porrigi non oportet *l. cum auus. Cod. de emancipat. liberor. l. Impuberes. ff. de admin. tutor.* Iam vero si mulieres praeferrentur creditoribus etiam expressam hypothecam habentibus, priuilegium illarum ad manifestam anteriorum creditorum iniuriam spectaret, quoniam ius ipsis sua conuentione suaque industria & prouisione in bonis debitoris acquisitum auferretur aut certe imminueretur per istud mulieris priuilegium.

5. Adde quod mulier paciscendo deteriorem aliorum conditionem efficere non possit: nec ius aliis, iam quaesitum subtrahere *l. filius. Cod. de pact. l. Transactione matris. C. de transact. l. Non debet. de Reg. Iur. l. 3. ff. de transact. l. 27 §. 4. ff. de pact.* Iam vero mulier contrahendo cũ Titio (qui iam obaeratus esset cuiusque bona aliis expressa hypotheca obligata essent) matrimonium, vtique auferret ipsius creditoribus ius iam tum quaesitum; si illis, licet anterioribus, in rebus Titii, mariti praeferretur.

6. Ius praeterea commune potius est iure priuilegiario, siue singulari *l. Eius militu. §. militia missus. ff. de milit. testam. l. Centurio. ff. de vulgar. & pupill. substitut.* Atqui creditores, qui expressam hypothecam habent, quique mulierem tempore antecedunt iure tantum communi nituntur, mulier autem speciali fauore dotis. Ergo potius ius creditorum erit ipsiq; praeferentur creditores antiquiori hypotheca subnixi.

7. Praeterea ratio Iustiniani Imperatoris qua *in d. l. assiduis* vtitur, euidenter hanc sententiam probare videtur: Ait enim Iustinianus, mulierem ideo in hypotheca praeferendam quia in personali actione tali priuilegio vtitur:

versic. cum enim in personalib. Iam vero in personali actione constat mulierem non præferri creditoribus anterioribus, nisi priuilegiariis, id est iis, qui beneficio legis prærogatiuam habent, vt cæteris creditoribus præferantur. Ergo nec in hypotheca præferetur aliis creditoribus, quam qui eodem beneficio hypothecam habent. Nam quoties lex aliqua ob certam causam & rationem lata est, conuenit cessante ratione legis, legi locum nō esse *l.quod dictum.ff.de pact.*

8. Corroborat etiam non parum hanc opinionem ratio, quā idem Iustinianus reddit in §. *& ideo.* dum ibi ait, se in hoc priuilegio mulieri tribuendo hoc secutum esse, vt consummaret, quod veteres cœperant, neque perfecerant. Ex quo relucet, non aliud consummasse Iustinianum, quam quod veteres cœperant; Nouum autem negotium eum non instituisse. Iam vero veteres cœperant tantum mulierem præferre ali s priuilegiariis creditoribus, neque id perfecerant, non enim præferebant omnibus, neque præferebant in hypotheca vt cōstat ex initio huius Constitutionis. Iustinianus hoc ius imperfectum consummauit. Nam mulierem prætulit creditoribus priuilegiariis iisque omnibus, etiam ei, qui in funus credidit & prælu dit non solum in actione personali, sed etiam hypothecaria: Atque ita ius cœptum consummauit Iustinianus, sed ita vt non egrederetur id, quod veteres cœperant. Cœperant autem præferre mulierem priuilegiariis. Quare & priuilegiariis præfert Iustinianus non aliis.

9. In *l. assiduis.* §. *& omnino. Cod qui pot. in pignor.* prioris vxoris filii ante maternam dotem percipiunt, quam secunda vxor dotem suam nanciscatur, atque sic mulieri præferuntur liberi primi matrimonii anteriorem habentes hypothecam.

10. In *l. vbi, C. de iure dot.* Iustinianus ait; Marito, vergente ad inopiam, vxorem posse res dotales vindicare, vel à posterioribus, vel ab aliis, qui non potiora iura legibus habere noscuntur. Ergo concedendum est, antiquioribus creditoribus, expressam hypothecam habentibus mulierem non præferri, cum hac lege posterioribus duntaxat & his qui potiora iura non habent, id est, qui tac te tantum hypothecæ præsidio muniti sunt, mulier anteponatur.

11. In *l. in rebus.30. Cod. de iure dot.* dicitur, in rebus dotalibus mulierem omnibus aliis creditoribus præferri. Vnde concluditur quod in rebus mariti mulier priorem hypothecam non habeat, nec habentibus expressam anteriorem præfertur. Nam in tacita hypotheca clari ac aperti iuris est, mulierem semper esse potiorem.

12. Verisimile est legem ea potius sustulisse, quæ ex sua prouidentia, quam quæ ex hominis cautione proficiscuntur *l. si quid bello. ff. de captiv. & postlim, reuers.* Ergo credendum est leges quæ mulieribus aduersus priores hypothecas priuilegium indulserunt aduersus tacitas, non etiam aduersus expressas priuilegium prælationis dedisse.

13. Si antiquiores creditores excluduntur, qui sibi expressa hypotheca prospexerunt, maximo Reipublicæ detrimento hoc dotale priuilegium cedet. Namque Mercatores & cæteri à contractibus & commerciis auocabuntur, quæ in bene constitutis Rebuspublic. summopere necessaria sunt. Igitur tanto Reip. malo ad iniuriam aliorum creditorum trahi dotalis prærogatiua non debet.

Et hanc sententiam amplectuntur & propugnant Donell. Hotomannus, Sichardus ad *d.l assiduis. C. qui pot. in pignor.* Zasius, Hotomannus, Schneidewinus ad *§. fuerat, I. de actionibus.* Couarr. *variar. resolut. lib.1.c.9.* Corasius ad *l. qui liberos. n. 11. ff.*

n. ff. de ritu nupt. Andr. Gailius 2. *obs. 25. n. 10.* Wesenb. *in paratit. ff. qui pot. in pign.* Anto. Negozant. *de pignorib. part. 5. memb. 2. n. 25.* Goden. *conf. 100 n. 3.*

Veruntamen priorem opinionem arbitror veritati iuris magis esse amicã; proinde quidnam ad argumenta modo adducta sit respondendum, videbimus.

Et quidem ad primum argumentum respondetur, non esse perpetuo verum quod mulier & fiscus eodem vtãtur iure, cum in ambiguis pro dotibus sit respondendum *l. in ambiguis. ff. de iure dot.* pro fisco autem non item *l. non puto ff. de iure fisci.* Proinde quamuis mulier fisco non præferatur, quoniam priuilegiarius contra priuilegiarium sua prærogatiua non vtitur *l. verum. §. vlt. ff. de minorib. l. sed & milites. ff. de excusat. tutor.* nihilominus poterit mulier in concursu aliorum creditorum potiora iura habere. Deinde *d. l. si pignus. & d. l. si fundum.* intelligi debent de bonis fisco ratione delicti obligatis, non etiam ratione contractus. Etenim si fiscus cum aliquo contrahat, cu us facultates aliis, qui priuilegium non habent, iam iure pignoris teneantur; nulla dubitatio est, quin fiscus, quantumuis posterior cæteris potiora iura obtineat, *l. si is qui. ff. de iure fisci.* Igitur fiscus tunc demum prioribus creditoribus cedit, quando ei bona ratione admissi sceleris tenebuntur, non etiam quando ratione contractus, sicut nec mulier. Postremo obseruandum est quod in *d. l. 2. C. de priuilegio fisci.* nõ dicatur quod fiscus & mulier paribus passibus ambulent, sed solũ quod fiscus priorem hypothecam habẽs præferatur mulieri & vice versa. Ex quo tamen non sequitur, priuilegia fisci competere mulieri & contra: Nam & fiscus præfertur priuato si sit prior, & priuatus fisco, si antiquiorem habeat hypothecam *l. 8. ff. qui pot. in pigno.* & tamen priuatus atque fiscus non nituntur pari iure ac priuilegio. Ad secundum argumentum respondetur in *dicta l. assiduis.* eum dici temporis priuilegio munitum, qui priorem & antiquiorem habet expressam hypothecam, seu qui habent in conuentionali hypotheca prærogatiuam temporis. Hæc quippe temporis prærogatiua appellatur priuilegium temporis in *l. si eo iure. ff. qui pot. in pignor.* Et probe notandum quod Iustinianus non loquitur de illis creditoribus, qui *Priuilegio* sunt muniti, sed de iis, qui *temporis priuilegio* sunt muniti: per hoc autem temporis priuilegium non potest aliud intelligi, quam prærogatiua temporis, qua creditores tempore priores cæteris præferuntur.

Ad tertium argumentum respondet Guibertus; potiorem esse hominis cautionem dispositione legis, quoties lex tantum disposuit in subsidium dispositionis hominis, aliter potiorem esse dispositionem legum *l. non dubium. C. de legib. l. nemo potest ff. de lega. 1.*

Ad quartum argumentum respondetur maiorem eius propositionem esse veram, nisi princeps sciens prudensque ob publicam vtilitatem, vel similem causam, priuilegium nominatim indulserit *l. 2. §. si quis à princip. ff. ne quid in loco publico.* Hoc autem in præsenti casu esse factum, dum Imperator mulieribus prospexit vt creditoribus etiam tempore prioribus præferrentur, quoniam publicus matrimonii & liberorum fauor id ipsum exposcere videbatur *l. 1. ff. solut. matrim.* Ant. Guibert. Costan. *d. c. 7.* Deinde quod dicitur, principem non posse priuato ius suũ auferre aut deterius facere, id non procedit, quando princeps per modum condendi legẽ vniuersalẽ in futurum aliquid constituendo & sanciendo priuatis præiudicat. Hoc n. casu non potest proprie dici sua cõstitutione aliquid priuato auferre, cũ solum caueat, quidnã in futurũ obseruari velit. Proinde creditores sub hypotheca cũ aliquo cõtrahentes,

tio nuda, stipulatio & mora: Iam vero ille posterior creditor, qui sub cautione accepit ex deposito pecuniam litigiosam non committit moram; quoniam adhuc pecunia litigiosa est, nec apparet cui debeatur, & præstanda sit; Deinde etsi cautionem de pecunia in eum casum quo prior creditor vicerit, præstiterit, non tamen simul de vsuris cauit, nec eas præstare promisit: Vt ita causa deficiat ex qua vsuræ istæ præstari debeant.

Et quanquam Daniel Mollerus opinetur, vsuras etiam citra conuentionem & moram deberi, ex iusta videlicet compensationis causa, per text. supra allegatos: sententia tamen hæc minime recipienda videtur. Sola quippe compensationis æquitas non est causa præstandarum vsurarum compensatoriarum, cum satis constet, vt hæ debeantur vsuræ necessario vel moram, vel conuentionem debitoris præcedere oportere. Iohannes Borchold. *in tractat. de vsur. c. 3. n. 2.* Idque claro ac perspicuo textu *in l. Cum quidam. §. Ex locato ff. de vsur.* vbi Paulus ait, *ex locato qui conuenitur, nisi conuenerit vt tardius pecuniæ illata vsuras deberet, non nisi ex mora vsuras præstare debet.* Vult igitur Paulus duas esse causas vsurarum, conuentionem & moram; ita quidem, vt si de vsuris præstandis non conuenerit, præstari illæ non debeant, nisi ex mora.

Idem plane confirmatur *l. 24. Digest. depositi.* vbi Papinianus ait: Esse contra bonam fidem & depositi naturam vsuras desiderare à depositario temporis ante moram qui beneficium in suscipienda pecunia dedit, si tamen ab initio de vsuris præstandis conuenit, legem contractus seruandam esse. Ecce duo hic constituuntur è quibus vsuræ debeantur: *Mora & conuentio*, Et ita quidem vt extra ista duo vsuræ aliunde non debeantur.

Nec moueor quicquam textibus à Dan. Mollero in contrarium adductis: Nam *in l. 4. Cod. depositi.* asseritur quidem, depositarium, qui vsus sit pecunia deposita, vsuras debere præstare; sed necessario præsupponendum est, moram præcise, quod nempe depositarius sic vsus fuerit deposita pecunia, vt etiam in ea restituenda moram fecerit; Quandoquidem Papinianus *in d. l. 24.* de eo depositario, qui vsus fuit deposita pecunia, aperte scribit, quod contra bonam fidem sit ac naturam depositi vsuras ante moram à depositario exigi.

Sic etiam *in l. fin. Cod. de pet. hered.* vsuræ debentur ex antecedente mora, & continet ea lex casum à nostro plane diuersum: Nam illic pecunia legata non erat deposita, sicut pecunia in nostro casu proponitur deposita: & ideo si ibi pecunia legata sub cautione legatariis non fuisset tradita, interim certe ea vti potuisset actor testamentum impugnans: Cum igitur ipsi vtilitas hæc, quam, præstatione pecuniæ non facta fuisset habiturus, nunc facto legatariorum absit, æquissimum est vt, euicta hereditate, recipiat vsuras, ne damnum aliquod sentiat ex facto aliorum, & legatarii cum iactura & detrimento ipsius fiant locupletiores. Atqui in casu nostro longe secus sese res habet: Nam cum proponatur pecunia litigiosa deposita, non certe, lite & controuersia pendente, vllam vtilitatem ex ea percepturus fuisset creditor, & alteri, posteri, inquam creditori ea pecunia sub cautione ex deposito non fuisset tradita: Quocirca prioritate sua postmodum demonstrata, non potest prætendere sibi occasione eius quod concreditori tradita fuit ipseque ea est vsus, quicquam abesse, cum nec vllam habiturus fuisset exinde vtilitatem, etsi in deposito interim fuisset relicta.

Minus vrget textus *in l. 3. C. arbitr. tutel.* dum illic dicitur, *Si curator post decretum Præsidis*

Præsidis sublata pecunia, quæ ad comparationem prædiorum fuerat deposita, sibi prædium comparauit, elige vtrum malis in emptione negocium eum gessisse, an quia in vsus suos pecunia versa sunt legitimas vsuras ab eo accipere, secundum quæ iudex tutelæ iudicio redditus, partem religionis implebit.

Nam perspicuum est ex hoc textu quod curator in mora fuerit, dum pecuniam pupillarem, emptioni prædiorum destinatam, suos in vsus fraudulenter conuertit, ac prædia pupillo emere non solum distulit, sed plane etiam contra fidem contraque officium intermisit. Malæ insuper fidei est possessor, malitiosus pecuniæ, ad se non pertinentis contrectator, adeoque furi similimus, quem non solum moratorem, sed & plus quã moratorem esse constat; Non igitur mirum quod vsuras præstare debeat: Quinimo pupillis etiam & minoribus moram ex re fieri, certi & explorati est iuris.

Postremo non magni momenti est quod ex *L. socium. ff. pro socio.* adducitur: Nam ibi moram à socio factam esse, expresse dicitur.

Quapropter, hisce obstaculis remotis, relinquitur vsuras extra conuentionem sine mora non deberi. Vnde firmissime concluditur quod is, qui pecuniam litigiosam ex deposito sub cautione accepit, vsuras præstare non cogatur cum moram non commiserit, vt paulo supra fuit demonstratum.

Insuper & secundo, vsuræ istæ à præfato creditore si quæ præstandæ sunt, tum aut erunt lucratoriæ aut punitoriæ aut compensatoriæ: Quartum enim vsurarum genus non datur; vt eleganter demonstrat Wesenbecius. Iam vero sunt lucratoriæ, quod in confesso ac propatulo est, & ipse Mollerus haut obscure ipse profitetur: Non sunt punitoriæ, quia hæ ob moram præcedentem exiguntur *L. 17. §. 3. in fin. ff. de vsur.* Atqui moram non committi à posteriore creditore, quod lite pendente pecuniam debitori non restituit, supra demonstratum est, nec in eo vllum videtur delictum, quod pœnam mereatur, committere, cum sub cautione pecuniam ex deposito iudicis permissu sumpserit. Relinquitur proinde, quod si quæ sint in proposito, vsuræ præstandæ, eas compensatorias esse. At nec compensatoriæ sunt vsuræ, quia occasione eius, quod pecunia ex deposito acceptat vsus est creditor posterior nihil quicquam priori creditori abest, quod habiturus fuisset, pecunia in deposito relicta. Iacuisset enim otiosa: Eo igitur quod recompensari possit, deficiente, vsuræ quoque compensatoriæ deficient.

His vero ita præmissis non erit amplius ad argumenta supra adducta, difficilis responsio.

Quod enim ad primum, etsi locupletior efficeretur ex vsu pecuniæ creditor posterior sine tamen vllo prioris creditoris detrimento locupletaretur; quoniam, etsi ille pecuniam ex deposito non accepisset, non tamen quicquam vtilitatis vel commodi exinde habiturus fuisset prior creditor: Nam vt dixi, in deposito otiosa iacuisset. Locupletari autem sine alterius iactura & incommodo nec æquitati naturali, nec humanitati, nec rationi iuris quicquam repugnat. Et sane inhumanum esset id alicui denegare, aut inuidere, quod ipsi prodest & alii non nocet *L. 2. pr ff. solut. matrim.*

Ad secundum respondeo, nullo iure id niti, quod dicitur, conditionem illius, qui pecuniam ex deposito accepit, non debere exinde locupletiorem effici: Et sane, admissa ista assertione, consequens foret, nullum omnino effectum restitutionis illis ex deposito faciendę fore: Vnde nec restitutio ista siue præstatio concedenda foret, vtpote petenti plane inutilis futura.

Quocirca si mihi essent generaliter omnia debitoris bona obligata, deinde res aliqua ex illis bonis specialiter oppignorata esset fisco, ego, licet priuatus, propter anteriorem generalem hypothecam praeirem fisco eoque essem potior. Sed de bonis post contractum, cum fisco initum, debitori acquisitis, anne in illis caeteris omnibus creditoribus praeferatur etiam illi, qui generalē habet anteriorem hypothecā nōnihil dubitatur?

Nam pro affirmatiua sententia facit *l.28.ff.de iure fisci.* dum illic scribitur: Si qui mihi obligauerat, quae habet habiturusque esset, cum fisco contraxerit: sciendum est, in re postea acquisita, fiscum potiorem esse debere, Papinianum respondisse, quod & constitutum est, praeuenit enim causam pignoris fiscus. Ecce hic proponitur alicui omnia bona fuisse pignori obligata: postea fisco rem aliquā specialiter esse oppigneratam, & quædā de nouo debitori acquisita. Et dicitur fiscum in illis bonis praeferri priuato generalem anteriorem hypothecā habētl.

Huic vero grauissime refragari videtur *l.vlt.ff.qui pot.in pign.* vbi ICtus Scaeuola plane contrarium definire videtur, quod scilicet fiscus, posteriorem hypothecam habēs, priori anteferatur in bonis post ipsius hypothecam debitori acquisitis: Verba haec sunt. *Titius Seiæ ob summam quæ ex tutela ei condemnatus erat, obligauit pignori omnia sua bona, quæ habebat, quæque habiturus esset: postea mutuatus à fisco pecuniam pignori ei res suas omnes obligauit & intulit Seiæ partem debiti, & reliquam summam, nouatione facta eidem promisit: In qua obligatione simi'iter, vt supra de pignore conuenit, quæsitum est, an Seia præferēda sit fisco & in illis rebus, quas Titius tempore prioris obligationis habuit: Item in his rebus quas post priorem obligationem adquisiuit, donec vniuersum debitum suum consequatur: respondit, nihil proponi cur non sit præferenda.*

Bartolus in *d.l.vltim.* & Iulius Pacius *lib.5.quæst.29.* ad hanc l. vltimam respondent, idcirco ibi Seiam praeferri fisco, quia ex causa agebat priuilegiata, adeoque non solum prioritate temporis, sed etiam priuilegio ipsius causae nitebatur: Causa quippe tutelae est priuilegiata. At in *d.l.28.* priorem obligationem non fuisse priuilegiatam, ac proinde fiscum praeferri priuato.

Sed haec responsio à plerisque reiicitur, nec subsistere potest: Tum quia in *d. l. vltim.* Seia non agebat ex causa tutelae, sed iudicati: ex tutela siquidem Titius debitor condemnatus erat. Tum quia, cur Seia praeferatur fisco, non in eo causam Scaeuola esse vult; quod pecunia ex illa causa deberetur; sed quia prius hypothecam accepisset, in quam deinde, nouatione facta, conuentione successisset. Don. *in tractat. de pignor. cap. 14.* Tum etiam quia tacita hypotheca, quae ratione tutelae per legem conceditur l. pro officio. Cod. de admin. tutor. l. vnic. §.1. Cod. de rei vxor. act. fauorabilior & potentior non sit, quam quae fisco tribuitur. Imo fisci hypothecam esse fauorabiliorem apparet ex *leg.1.§.ex illa.ff. ad legem Cornel. de falsis.* vbi Marcianus refert, ex Diui Seueri & Antonini constitutione, falsi poenam irrogari tutoribus & curatoribus, qui ante redditam rationem administrationis cum fisco contrahunt. Cuius constitutionis ratio alia non fuit quam singularis pupillorum fauor, quibus licet tacitam hypothecam habentibus, fiscus tamen ex sua tacita praeferretur si eorum tutoribus & curatoribus ante restitutam tutelam vel curam cum fisco contrahere permitteretur. Anton. Fab. *libr.2. coniect. cap.10.* Tum quia priuilegium pupilli tutelae actioni cohaeret; quae personalis est: Nec in hypothecariam, quae realis est valet *l. eos qui. 9. Cod. qui pot. in pignor.*

Tum quia Scæuola proponit nouationem voluntariam interueniſſe: At illa nouatione priuilegium nouatæ actionis cum actione ipſa perimitur *l. aliam 29 ff. de Nouat.* Hotom. *in epit. iur. qui pot. in pign. n. 7.*

Accurſius igitur reſpondet *in d. l. vltim.* fiſcum præferri Seiæ in iis omnibus, quæ poſt priorem obligationem acquiſita ſunt, prius tamen, quam cum fiſcus traheretur. Sed huic interpretationi refragatur generalitas verborum *in d. l. vltim.* dicit enim abſolute Scæuola, Seiam fiſco præferri, in his rebus, quas poſt priorem obligationem adquiſiit, nec diſtinguit, an cum fiſco iam tum contractū fuerit, an vero minus. Etſi autem Franciſcus Hotom. *in epitom. iur. tit. ff. qu. pot. in pign. n 7.* hanc Accurſii reſponſionem approbet, & verba iſta Scæuolæ: *In rebus, quas poſt priorem obligationem adquiſiit*: ita accipi velit, quaſi ICtus etiam adiecisſet, ante poſteriorem obligationem, eo quod in illis rebus, quæ poſt obligationem poſteriorem adquiſita ſunt, Imperialib. conſtitutionibus fiſco priuilegium tributum ſit; hæc tamen eius aſſertio partim in coniectura conſiſtit, partim principium manifeſte repetit.

Antonius Faber *d. c. 10.* reſpondet: Scæuolæ ſententiam illam eſſe, vt in iis quoque bonis, quæ poſt fiſci obligationem acquiſita ſunt; Seia fiſco præferatur; factā noua tione & ſecundā hactenus vt in illis, quæ poſt factam nouationem & ſecundam obligationem adquiſita ſunt, non præferatur; quod vtrumque maximam, inquit, rationem habet: Nam in iis, quæ poſt priorem obligationem & ante nouationem adquiſita ſunt, ideo præfertur, quod nouationis poteſtate factum eſt, vt quæ priori obligatione futura bona dicebantur, ea facta ſint præſentia, quæ ſcilicet tempore prioris obligationis iam quæſita erant vt in omnibus Seia fiſco præferatur: Nec enim dicendum eſt nouationem ei nocere debere, vt quæ antea fiſco prior erat, eadem poſterior fiſco facta ſit *argum. l. 1. ff. de nouat.* Cum certi iuris ſit priorem creditorem, qui poſtea nouatione facta, eadem pignora accepit, ſibiipſi in ſuum locum ſuccedere & ſuperioris temporis ordinem retinere *l. 3. pr. l. Creditor. 12. §. Papinianus. ff. qui pot. in pignor.* At in iis, quæ poſt nouationem factam adquiſita ſunt, Papiniani & Vlpiani ſententia *in d. l. 28.* locum eſſe dicit; ita vt fiſcus iure tacitæ hypothecæ cauſam pignoris præueniſſe cenſeatur: Idque eſt, quod Scæuola ait, Seiam fiſco præferri in iis etiam rebus quæ poſt priorem obligationem acquiſitæ ſunt. Secundam quippe obligationem non eam interpretari debemus, quæ cum fiſco contracta eſt, ſed eam, quæ cum Seia, cum qua etiam prior contracta erat: Nec poteſt hic obiici, nouationem in fraudem fiſci eſſe factam; cum is in fraudem non faciat, qui ſibi proſpicit, ne ſuum perdat neue pignorum quibus ſibi cautum erat, perſecutionem amittat propter obligationem poſteriorem cum fiſco cō tractam. *argum. l. Iulianus. 42. ff. de acquir. heredit. l. mater. 27. §. 1 ff. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam. l. ſumma 21. ff. de pec.* Ratione autem pecuniæ poſt fiſci obligationem creditæ non præferretur, quoniam hoc ſine fiſci & priorum creditorum fraude fieri non poſſet *d. l. 12. §. Papinianus. ff. qui pot.*

Hugo Donellus *in tractat. de pignor. c. 14. ait, in d. l. 21.* verbū illud *contraxerit* nō eſſe futuri, ſed præteriti temporis. Vt ſit ſenſus; Si qui mihi obligauerat, quæ haberet habiturusue eſſet, cum fiſco contraxerit, quam mihi obligaret, quæ habebat. Vt ita Vlpianus confirmet de fiſco id ipſum, quod ante de priuato dictum erat, quod nempe ſi fiſco bona omnia generaliter obligari cœperit, is omnibus ſequentibus præferatur, quibus

omnia

omnia bona eodem modo obligata sunt etiam in iis rebus, quæ postea quæsitæ sunt; quia fiscus pignoris causam præuenerit, etiamsi priuatus rerum acquisitionem præuerterit: vt ita ICtus velit fiscum priuati iure in proposito vti. Hanc autem interpretationem confirmat illud quod fiscus dicitur *causam pignoris præuenisse*. præuenire autem causam pignoris nihil aliud est, nisi prius causam pignoris occupasse vt in illo accipiendo prior esset tempore, vt textus est expressus *in l. 2. Codic. qui pot in pign. & l. 2. Cod. de priuileg. fisci.*

Nec est quod quis opponat, hac interpretatione admissa, nullam fore rationem dubitandi, cum plus quam certum ac perspicuum sit quod fiscus anteriorem hypothecam habens, præferri debeat posteriori priuato.

Respon. Etenim quæ ratio dubitandi fuit in priuato, eadem quoque fuit in fisco.

Nam cum fisco generalis hypotheca omnium bonorum quæsita esset, postea priuato itidem generalis, vtrique vero ea conditione, si quæ postea quæsita essent debitori, dubitari potuit, an si quid post vtramque obligationem quæsitum esset, fiscus & priuatus in eodem concurrere deberent, an alter alteri præferri. Et multo iustius hoc in fisco, quam in priuato recipitur, quia tacita conuentione bona ipsi censentur esse obligata. Et hæc interpretatio & sententia Donelli mihi quoque præ cæteris arridet.

Constat igitur ex hactenus dictis quod fiscus, etsi ex lege priuilegium habeat tacitæ hypothecæ, non tamen creditoribus anteriorem hypothecam habentibus præferatur, sed ab his excludatur, atque sic, quoad prælationis ius, eiusdem sit cum priuato conditionis.

Quæst. 39. *An fiscus præferatur anteriori hypotheca tacitæ?*

Hoc autem non solum procedit in expressa, sed etiam in tacita hypotheca: Verbi causa: Ego in domum tuam, quam mihi locas, inuexi & induxi aliquas res quæ tacite tibi pro mercede oppignerantur, sed postea contraho cum fisco, ex quo contractu etiam fisco tacita hypotheca omnium rerum mearum oritur: atque sic vterque meus creditor, Tu & Fiscus tacitam habetis hypothecam, quæritur vtrum tu præferri debeas, vtpote antiquiorem tacitam hypothecam habens, an vero te fiscus præcedat?

Sed, vt dixi, verius est, quod & hic priuatus anterior præcedat Fiscum posteriorem.

1. Quia regulariter est verum quod Respublica & fiscus vtitur iure priuatorum nec prærogatiuam aliquam habet nisi illud expressa aliqua lege demonstrare possint *l. aufertur. §. qui compensationem ff. de iure fisci. l. item. §. in priuatorum. ff. de petit. heredit.* Atqui priuatus hoc vtitur iure vt priorem tacitam hypothecam habens præferatur habenti hypothecam tacitam posteriorem; nec aliud de fisco expressum requiritur: Igitur fisco quoque, in tacita hypotheca posterior præfertur priuatus tacita anteriori hypotheca subnixus.

2. Quia est regula, quod qui prior est tempore, potior sit iure *l. 2. & 4. Cod. qui pot. in pignore.* quam regulam in tacitis quoque hypothecis locum habere certum est. Atqui fiscus tacitam habens hypothecam, non excipitur illo in loco a hac regula.

Sed huic sententiæ aduersatur *l. 8. ff. qui pot. in pign.* quæ ita habet: *Si pignus specialiter Respublica acceperit, dicendum est præferri eam fisco debere, si postea fisco debitor obligatus est, quia & priuati præferuntur.*

Ex hisce verbis intelligitur quod Respublica ita demum præferatur fisco si specialiter, hoc est, expresse acceperit pignus, illudque antequam fisco hypotheca iisdem in bonis fuerit acquisita. Proinde & priuatus sic demum propter

anteriorem hypothecā præfertur fisco, si specialiter, siue expresse eam acceperit.

Non sane leuis aut friuola est hæc obiectio: Nam si hic est, quem dixi, *d. l. 8.* sensus, facile respondebitur ad contraria argumenta, cum & singulare ius fisco sit tributum atque exceptio satis euidenter stabilita.

Sed ad hoc argumentum respondetur, illud ex *d. l. 8.* petitum, à contrario sensu concludere & ideo exceptionem à regula communi non inducere *l. præcipimus. C. de appellat.*

Quæ. 40. *Quid faciendum in dubio, quādo non potest constare vter sit prior vel posterior?*

Sed quidnam in dubio faciendum, quando non potest certo constare, priuatus, an vero fiscus sit prior, vter alteri præferendus erit?

Et quod priuatus præferatur fisco probat textus *in l. Non puto. ff. de iure fisci:* vbi Modestinus scribit; Non delinquere eum, qui in dubiis quæstionibus contra fiscū facile responderit. Vnde colligitur, in dubio non pro fisco contra priuatum, sed pro priuato contra fiscum esse pronunciandum. Quapropter, iuxta istam regulam, dicendum erit, quando non constat, vtrum fiscus, an vero priuatus anteriorem habeat hypothecam, contra fiscum pro priuato respondendum & fisco priuatus anteferendus erit.

Etsi autem Anton. Neguzantius *de pignor. part. 2. membr. 4. num.* 118. secutus Iasonem *in d. l. non puto,* statuat fiscum in causa onerosa præferendum esse priuato, in lucratiua vero contra, priuatum esse præferendum fisco: Et ideo quando fiscus prætendit causam lucratiuam, vt quia contra indignum, vel petit pœnam ex causa delicti, tunc priuatus præferetur fisco: sed quando fiscus prætendit causam iuris proprii, vel agit ex aliquo contractu tunc fauendum erit potius fisco quam priuato.

Veruntamen obstat huic distinctioni *d. l. Non puto.* quæ generalis est & indistincte loquitur de quæstionibus dubiis, necesse ad causam lucratiuam vllo verbulo restringit. Nec moueor quod causa dotis & causa fisci pari nitantur fauore: In dubio autem causa dotis sit potior, causa priuata: Et ideo etiā fisci causa in dubio præponderare debeat causę priuatæ. Nam ista comparatio fisci & dotis quoad ius & priuilegium prælationis nullo in textu fundatur. Quinimo quod comparatio fisci & dotis, quoad ius prælationis, non procedat, exinde luculenter patet, quod dos præcedat, omnibus aliis creditoribus expressam etiam hypothecam habentibus, quod sane priuilegium fisco nemo arrogare potest propter expressum textum *in l. 8. ff. qui pot. in pignor.* Deinde quod, maxime in dubio casu, de quo nunc loquimur, potior sit causa priuati quam fisci, claram & expressam habemus decisionem *in d. l. Non puto.* & ideo huiusmodi illationibus plane non est opus. Postremo in causa prælationis nullam habere fiscum præ priuato prærogatiuam euincit textus *in l. si pignus. 8. ff qui pot. in pign.*

Minus obstat hæc ratio, quod fiscus in bonis quæsitis post suam obligationem præfertur priuato habenti anteriorem hypothecam *l. si is qui. ff. de iure fisci.* Et ideo, cum in illis præferatur priuato in quibus priuatus est potior fisco, præferri similiter etiam debeat, quando sumus in dubio.

Quæ. 41. *An quonam tempore tacitam hypothecam incipiat mulier habere?*

Ex illis porro, qui tacitam habent hypothecam cum priuilegio prælationis, est quoq; mulier; Cui Imperiales constitutiones non solum de tacita hypotheca omnium bonorum mariti pro dote, amplissime prospexerunt, sed etiam hoc priuilegium ipsi dederunt vt omnibus mariti creditoribus præferretur. Ita quippe hac ipsa de re Iustin. scribit *in §. fuerat. I. de actionib. Sed & tacitam ei (mulieri) dedimus hypothecam; præferri autem aliis creditoribus in hypothecis tunc censuimus, cum ipsa mulier de dote sua experiatur, cuius solius*

solius prouidentia hoc induximus. Et *in l. Assiduis. C. qui pot. in pign.* ad quam sese in citato loco refert Iustin. his verbis vtitur: *Ad hac omnia respicientes & reminiscentes q; & alias duas constitutiones fecimus pro dotibus, mulieribus subuenientes & hac omnia in vnum colligentes, sancimus ex stipulatu actionem, quam mulieribus iam pro dote instituenda dedimus, cuique etiam tacitam donauimus inesse hypothecam, potiora iura habere contra omnes mariti creditores, licet anteriori is sint temporis priuilegio vallati. Cum enim in personalibus actionibus (secundũ quod diximus) tali priuilegio vtebatur res vxoria: Quapropter nos in hypotheca hoc mulieri etiam non indulgemus beneficium, licet res dotales vel ex his alia comparata non extent; sed quocunque modo vel dissipata, vel consumpta sint, si tamen reipsa fuerint patri mariti data? Quis enim earum non misereatur propter obsequia, qua maritis prastant, propter partus periculum & ipsam liberorum procreationem pro quibus multa nostris legibus sunt inuenta priuilegia, &c.*

Sed hic dubitatio suboritur à quo tempore tacita ista hypotheca cum priuilegio prælationis mulieri deberi & competere incipiat, anne à tempore dotis promissæ, an vero à tempore dotis traditæ?

Et quod statim à tempore factæ promissionis incipiat priuilegium mulierum statuunt Antonius Neguzan. *in tractat. de pignorib. part. 2. membr. 4. n. 80.* Iohannes Sichardus *ad l. Assiduis.* Boerius *decis. 331. num. 1.* Bartol. & Salic. *in d. l. Assiduis.*

Confirmatur autem hæc opinio sequentibus fundamentis.

1. *In l. 1. pr. ff. qui pot in pignor.* proponitur aliquis pro muliere promisisse dotem & dicitur is pro dote restituenda hypothecam accepisse; quam hypothecam postmodum numeratio, siue traditio dotis sit secuta. Vnde certe m.n. feste patet quod priuilegium tacitæ hypothecæ non demum à die numerationis dotis sed ante numerationem à die promissionis, competere incipiat.

2. Accedit deinceps huic fundamento & ista ratio, quod neminem lateat in dubio pro dote respondendum esse *l. in ambiguis. ff. de iure dot.* quodque fauores dotis sint ampliandi, non vero restringendi *cap. odia. de Regul Iur.* Iam vero variis Dd. concertationibus & disputationibus valde dubium redditur, quonam à tempore dotis priuilegium incipiat: Igitur fauore dotis est dicendum quod tacita hypotheca in bonis mariti; vt est priuilegium prælationis mulieri statim à tempore promissæ dotis potius, quam solutæ competat.

3. Confirmat eandem sententiam etiam elegans textus *in l. vnic. §. 1. C. de rei vxor. act.* vbi, cum Imperator tacitam hypothecam in bonis mariti tribuisset mulieri; subiicit in fine istius §. hæc verba: *Et nemo nos putet hoc facere in his tantumodo dotibus, qua instrumentis recepta sunt: Nihil enim prohibet etsi sine scriptis dos vel detur vel promittatur vel suscipiatur, similimodo intelligi factam stipulationem & hypothecam ex vtraque parte quasi fuerit scripta.*

Hic rursus, ad hoc, vt priuilegium prælationis tacitæque hypothecæ competat vxori, nih interesse ostenditur dos promissa, an vero data sit.

4. Denique si sententia contraria reciperetur & mulier demum à die solutæ dotis hypothecam tacitam in bonis mariti haberet, magnum certe præiudicium crearetur mulieribus, quarum à parentibus sæpe admodum tarde dos soluitur.

Statuendum proinde videtur, quod protenus à die promissæ dotis, priuilegio hypothecæ & prælationis mulier gaudeat.

Quod tamen ipsum ita demum admittendum censet Neguzant. quando tempore

hypotheca; idem tamen expressi & taciti est robur, idemque iudicium *l. cum quid ff. si cert. pet.* & quamuis quandoque plus operetur quam expressum, quam tacitum, sufficit tamen quod regula est in contrarium: Qui vult se fundare in exceptione, regulam probare debet. Hinc concludit Neguzant. quod hæc tenenda sit sententia tacitam hypothecam retrotrahi ad tempus promissionis factæ.

Ad secundum argumentum respondetur, illud, quod hypotheca tacita, mulieri competens retrotrahatur ad tempus promissionis, non sit speciale in dote, sed sit generale in quolibet alio creditore, quando scilicet non est in voluntate, sed in necessitate receptio crediti: Nam tunc semper hypotheca retrotrahitur ad tempus promissionis *d.l. 1. ff. qui pot. in pign. l. qui balneum pr. ff. eod. tit.*

Deinde & hoc responderi potest regulam istam quod duo singularia circa eandem rem simul concurrere nequeant, falsissimam esse, merum figmentum Doctorum continere, nec vllo in loco iuris nostri fundari.

Ad tertium argumentum hæc est responsio, verba ista *d. l. Assiduis*, *si tamen re ipsa fuerint patri mariti tradita.* ex sententia Bartoli, hoc modo esse supplenda *vel promissa.* Huius autem suppletionis, quam Neguzant. quoque approbat, extat fundamentum *in l. vnic. §. 1. C. de rei vxor. act.* in cuius. §. *Et vt plenius 1.* expresse asseritur,,tacitam hypothecam competere vxori, siue data fuerit siue promissa dos; Id quod aliquoties etiam ibidem repetitur. Et profecto non infrequens est id quod vno in textu prætermissum est ex alio textu suppleri; sed potius ratio recta interpretādi iura id fieri omnino suadet.

Ad quartum, quintum & sextum respondetur, allegatas leges nihil omnino ad rem pertinere; quoniam aperte loquuntur extra propositam materiam; & ideo, quæ inde deducuntur argumenta, à diuersis & separatis procedunt.

Quocirca de iure communi puto opinioni illorum omnino subscribendum arbitror, qui statuunt, quod priuilegium tacitæ hypothecæ ac prælationis, mulieri in bonis mariti tributum, ex tempore promissæ dotis, etiam ante traditionem eius competat.

Equidem iure Saxonico, etsi quantum ad illa, quæ mulieribus defunctis, superstitib. illarum maritis debentur, ante conscensionem thalami, matrimonium pro consumato non habeatur, tamen cum de priuilegio tacitæ hypothecæ & prælationis illatæ dotis agitur, matrimonium statim post copulationem à sacerdote in templo factam, pro completo habetur, sic vt ab eo tempore mulier præfatum habeat priuilegium, si modo vel ante, vel post copulationem dos realiter & actualiter fuerit numerata. Et hoc aperte cautum & constitutum est, Electorali Saxonica constitutione *24. part. 2.* cuius verba ita habent: Ob wol in Rechten zweiffelhafftig fürfället / von welcher Zeit an das Priuilegium tacitæ hypothecæ, so ein Eheweib wegen ihrer zugebrachten Mittgifft in ihres Mannes Gütern hat / anfangen solle. So haben sich doch vnsere Vorfahren verglichen / daß von Zeit der vollngezogenen Ehe / vnd also wann der Kirchgang geschehen / solches priuilegium dotis (jedoch wañ die Mittgifft folgends oder zuuor würcklich einbracht / vñ bestendig beweiset wird) seinen Anfang haben vnd gewinnen soll / darnach vnsere Gerichte hinführo zusprechen haben.

Quæ. 42. An mulier ius tacitæ hypothecæ ac prælationis habeat quando sibi de expressa hypotheca prospexit?

Succedit nunc huic quæstioni & alia controuersia: Controuertitur enim inter DD. anne mulier & tunc habeat ius tacitæ hypothecæ ac prælationis, quando sibi per conuentionem de expressa prospexit hypotheca.

EEEee Etenim

Quæ. 43. *An uxor in bonis mariti præferatur creditoribus expressam anteriorem hypothecam habentibus?*

mariti creditoribus præferatur in bonis mariti eosdemque vsq; dum satisfactum ipsi fuerit, excludat. Verũ hic valde ambigitur de vero illius constitutionis sensu. Sunt enim qui hoc duntaxat referant creditores anteriorem tacitã hypothecam habentes; sic, vt illis demum creditoribus vxorẽ debitoris præferri velint, qui tacitam habuerint hypothecam: Alii vero hoc beneficium mulieris extendunt sic vt locum habeat, siue creditores mariti expressam, siue tacitam habeant hypothecam. Pro illorum sententia, qui statuunt quod mulier anterioribus creditoribus etiam expressam hypothecam habentibus præferatur, hæc videntur facere argumenta.

1. Clari & expediti est iuris, quod is, qui credit alicui ad reficiendam domum, quę prius alteri expresse est hypothecata, tacitam habeat in domo hypothecã tali cum priuilegio coniunctam, vt præferatur aliis creditoribus, expressam hypothecam habentibus *l. interdum & l. seq. ff. qui pot. in pign.* Iam vero mulier ratione dotis præfertur ei qui ad refectionẽ dotis credidit *Nou. 97. c. 2. & 3.* Et hoc argumentum dicit Ioha. Sichar. *in d. l. Assiduis. C. qui pot. in pign.* esse tale vt non possit bene solui. Et quanquam Hugo Donell. resp. mulierem præferri *in d. Nou. 97. c 3.* non priorem, sed posteriorem hypothecam habenti creditori, qui ad rem emendam credidit; Et ideo non sic recte exinde colligi: Mulier præfertur habenti posteriorem hypothecam: Ergo præfertur habenti hypothecam priorẽ expressam. Fateor n. ꝙ hoc arg. non concluderet, si ille qui in rem reficiendã & cõseruandã credidit, exindeq; tacitã ea in te hypothecã est nact⁹, nõ præferretur aliis creditorib. expressã hypothecã habẽtib. hoc igitur priuilegio cũ gaudeat qui ad rem reficiendam credidit, ipsiq; mulier præferatur, consequens omnino est quod & mulier cæteris præferatur creditoribus, qui expressam hypothecã habent. Nam si vinco vincentem te, i. e. te maiorem & fortiorem vinco etiam te *l. de accessionib. ff. de diuers. & temporal. præsc.* Et sic cũ mulier vincat creditorẽ in refectionem rei, qui est maior & potior, quã habens expressam hypothecam priorem, consequitur infallibiliter quod vincat etiam eum, qui expressam habet hypothecam.

2. Eandem quoq; sententiam expresse confirmant verba ipsius textus *in d. l. Assiduis.* quæ generalia sunt, ait enim Imperator, mulierem habere prærogatiuam *contra omnes mariti creditores.* Iam vero stante contraria sententia, quod mulier præferatur tantum tacitam anteriorem hypothecam habentibus creditoribus, non contra omnes haberet mariti creditores prærogatiuã, sed contra aliquos duntaxat, & sic Iustin. aperte & quasi in faciem contradiceretur. Et sane nec in ista *lege Assiduis*, nec vspiam in iure distinguuntur creditores expressam habentes ab iis, qui tacitam tantum habent. Et *in §. fuerat. I. de actionib.* itidem generaliter & indistincte loquitur Iustin. præferri, inquiens, aliis creditoribus in hypothecis censuimus, &c. vt taceam ꝙ verbum hypothecæ, quo Iust. n. tam *in d. §. fuerat.* quam *in d. l. Assiduis.* vtitur, generale sit, & magis vsitate ac proprie de expressa hypotheca, quam de tacita vsurpetur. *§. inter pignus ff. de act. l. 2. pr. & §. 1. C. de prætor. pign. l. Res hypotheca in fine ff. de pignor.*

3. Accedit quod multis in locis diserte dicatur, mulierem in bonis mariti potiorem esse anterioribus creditoribus *l. vlt. C. qui pot. in pign. §. fuerat. I. de action. l. 30. C. de iure dot. Nou. 97 Nouell. 190. c. 1.* Iam vero in iure nostro verba propria in significatione accipi debent *l. sancimus C. de Nupt. l. Non aliter. ff. de legat. 3.* Igitur hypotheca quoque cum in istis textibus mulier præferri dicitur, non erit de facta ista, legalis & tacita hypotheca, sed hypotheca expressa intelligendum.

 4. Insuper

4. Insuper & hoc merito in conditionem venit, quod ratio prædicti priuilegij, fœminis in bonis mariti concessi quæ *in d. l. Assiduis. versic. Et hoc cum in personalibus & versic. quis enim.* exposita est, generalis sit & non solum in anterioribus tacitis, sed etiam in anterioribus expressis hypothecis locum habeat: Nam ista ratio desumpta est ex fragilitate mulieris, ex obsequiis, quæ marito præstat, ex periculo partus, ex procreatione liberorum, ex inopia mulieris, quæ in bonis nihil habere solet præter dotem, ex officio denique mariti quo ille cogitur omnimodo dotem restituere vxori; At hæc omnia esse generalia & æque ad expressam atque tacitam hypothecam referri debere, manifestum est, nec solum demonstrare quod mulier digna sit, quæ præferatur creditoribus anteriorem tacitam hypothecam, sed etiam anteriorem expressam hypothecam habentibus.

Respondet quidem Donellus hoc argumentum fore concludens, nisi obstaret summa iniquitas atque iniuria, quæ exinde in creditores, qui sibi de hypotheca expressa conuentione prospexerunt, redundatura esset: Hoc autē tenendum esse omnia beneficia concedi solere absque tertii iniuria atque detrimento *l. Nec auus. Cod. de emancip. liberor.*

Sed de hac iniuria, quam inferri dicit anterioribus creditoribus, postea videbimus.

5. *In d. l. Assiduis. Cod. qui pot. in pign.* ait Iustinianus se pleno iuris articulo in hoc priuilegio consummasse, quod veteres cœperant: at pleno iuris articulo non consummasset, nisi mulierem omnibus creditoribus anterioribus prætulisset.

6. *In l. 30. pr. C. de iure dot.* expresse scribit Iustinianus; *Neminem creditorum mariti, qui anteriores sunt, posse sibi potiorem causam in hu per hypothecam vindicare, &c.*

7. Ad hæc notum est quod expressi & taciti eadem sit conditio, maxime si & eadem sit vtriusque ratio *l. cum quid. ff. si cert. petat.* Hic autem eandem esse rationem expressæ & tacitæ hypothecæ, ex iis, quæ postea dicentur, relucebit luculentissime.

8. Insuper si vera esset ista sententia quod mulier præferatur anterioribus creditoribus tacitam solum hypothecam habentibus, priuilegium *d. l. Assiduis.* quod plenissimum & amplissimum esse voluit Imperator, prout verbis disertis ibidem testatur, foret angustissimis terminis circumscriptum: Sunt enim certi neque ita multi casus, quibus lex tacitam hypothecam induxit, vt in rebus illatis, inductis & inuectis in prædium vrbanum *§. item Seruiana. I. de action.* in rebus tutoris erga pupillum *l. pro officio. ff. de administrat. tutor.* In domo, quæ credita pecunia reficitur. *l. creditor. ff. si cert. petat.* Et denique in contractibus fisci *l. 2. Cod. in quib. causis pign.* His ergo igitur anterioribus solum præferretur mulier ex priuilegio *d. l. Assiduis.* atque ita admodum restringeretur mulierum priuilegium. Cum tamen fauor publicus, qui in causa dotis elucet & singulorum cōmodis anteponi debet, *l. 1 ff. solut. matr. l. ius publicum. ff. de pact. l. Nec ex prætorio. ff. de Reg. Iur. l. vtilitas. de primipil.* plenissimam mereatur interpretationem *cap. odia de Reg. Iur.*

9. Nemini porro obscurum est quam dubia sit hæc controuersia Doctorum disputationibus reddita. Iam vero certissima & infallabilis iuris regula est quod in ambiguis pro dotibus respondere debeat *cap. vlt. de sent ent. & re iudicat. l. in ambiguis. Digest. de Reg. Iur.*

Atque hanc sententiam tuentur Iacobus Cuiacius in locis ab Authore allegatis. & *in d. l. Assiduis.* Ant. Guibert. Costan. *in tract. de dot. cap. 7. num. 5. & sequentibus.* Vanderan. *de priuileg. credit. c. 4.*

Hubertus

Hubertus Giphanius & Cynus *in d. l. Assiduis*. Mud. *in tractat. de pignoribus. cap. quib. mod. pign. n. 97*. Vaud. *l. quaest. 21*. Andr. Fachin. *lib. 3. controuers. c. 99*. Mynsing. *1. obseruat. 61. & 4. obseruat. 13*.

Caeterum pro contraria sententia faciunt sequentia fundamenta.

1. Receptum & iure cautum est fiscum & mulierem paribus passibus procedere, id est habere eadem priuilegia *l. 2. & ibi gl. ff. fin. de priuileg. fisci.* Atqui priuatus, expressam hypothecam habens praefertur fisco habenti tacitam hypothecam *l. si fundum C. qui pot. in pignor. l. si pignus. ff. eod.* Ergo priuatus expressam anteriorem hypothecam habens, praefertur mulieri habenti tacitam posteriorem hypothecam. Et ad hoc argumentum non posse respondere ait Sichardus *in d. l. Assiduis. Cod. qui pot. in pign.*

2. Idem quoque euincitur ex *d. l. assiduis* ait enim mulierem praeferri omnibus creditoribus habenti hypothecas priuilegio anterioris temporis vallatas; quibus verbis hoc significatur quod mulieres praeferantur creditoribus anterioribus, sed ijs solum, qui ex priuilegio anteriores habuerint hypothecas. Atqui ex priuilegio legis habere dicuntur hypothecas, qui tacitas habent, ex conuentione vero, qui habent expressas; Hoc igitur sentit & sancit Iustinianus mulierem praeferri illis solum anterioribus creditoribus, qui tacitas habuerint hypothecas.

3. Ad haec, potior est hominis cautio dispositione legis *l. Et habet. §. 1. ff. de precar. l. vltim. C. de pact. conuent.* Andr. Alciat. *in l. 1. ff. solut. matrimon.* Atqui creditores anteriores, hypothecam expressam habentes sua cautione nituntur; Mulier autem solum dispositione legis *l. vnic. C. de rei vxor. act. d. l. Assiduis.* Quocirca tempore anteriores creditores potiora iura obtinere & mulieri praeferri videntur.

4. Insuper priuilegia, quae principalibus constitutionibus tribuuntur ad alienam iniuriam porrigi non oportet *l. cum auus. Cod. de emancipat. liberor. l. Impuberes. ff. de admin. tutor.* Iam vero si mulieres praeferrentur creditoribus etiam expressam hypothecam habentibus, priuilegium illarum ad manifestam anteriorum creditorum iniuriam spectaret, quoniam ius ipsis sua conuentione suaque industria & prouisione in bonis debitoris acquisitum auferretur aut certe imminueretur per istud mulieris priuilegium.

5. Adde quod mulier paciscendo deteriorem aliorum conditionem efficere non possit: nec ius alijs, iam quaesitum subtrahere *l. filius. Cod. de pact. l. Transactione matris. C. de transact. l. Non debet. de Reg. Iur. l. 3. ff. de transact. l. 27 §. 4. ff. de pact.* Iam vero mulier contrahendo cum Titio (qui iam obaeratus esset cuiusque bona alijs expressa hypotheca obligata essent) matrimonium, vtique auferret ipsius creditoribus ius iam tum quaesitum; si illis, licet anterioribus, in rebus Titii, mariti praeferretur.

6. Ius praeterea commune potius est iure priuilegiario, siue singulari *l. Eius militis. §. militia missus. ff. de milit. testam. l. Centurio. ff. de vulgar. & pupill. substitut.* Atqui creditores, qui expressam hypothecam habent, quique mulierem tempore antecedunt iure tantum communi nituntur, mulier autem speciali fauore doris. Ergo potius ius creditorum erit ipsiq; praeferentur creditores antiquiori hypotheca subnixi.

7. Praeterea ratio Iustiniani Imperatoris qua *in d. l. assiduis* vtitur, euidenter hanc sententiam probare videtur: Ait enim Iustinianus, mulierem ideo in hypotheca praeferendam quia in personali actione tali priuilegio vtitur:

versic. cum enim in personalib. Iam vero in personali actione constat mulierem non præferri creditoribus anterioribus, nisi priuilegiariis, id est iis, qui beneficio legis prærogatiuam habent, vt cæteris creditoribus præferantur. Ergo nec in hypotheca præferetur aliis creditoribus, quam qui eodem beneficio hypothecam habent. Nam quoties lex aliqua ob certam causam & rationem lata est, conuenit cessante ratione legis, legi locum nō esse *l.quod dictum.ff.de pact.*

8. Corroborat etiam non parum hanc opinionem ratio, quā idem Iustinianus reddit in §. *& ideo.* dum ibi ait, se in hoc priuilegio mulieri tribuendo hoc secutum esse, vt consummaret, quod veteres cœperant, neque perfecerant. Ex quo relucet, non aliud consummasse Iustinianum, quam quod veteres cœperant; Nouum autem negotium eum non instituisse. Iam vero veteres cœperant tantum mulierem præferre alis priuilegiariis creditoribus, neque id perfecerant, non enim præferebant omnibus, neque præferebant in hypotheca vt cōstat ex initio huius Constitutionis. Iustinianus hoc ius imperfectum consummauit. Nam mulierem prætulit creditoribus priuilegiariis iisque omnibus, etiam ei, qui in funus credidit & præludit non solum in actione personali, sed etiam hypothecaria: Atque ita ius cœptum consummauit Iustinianus, sed ita vt non egrederetur id, quod veteres cœperant. Cœperant autem præferre mulierem priuilegiariis. Quare & priuilegiariis præfert Iustinianus non aliis.

9. In *l. assiduis.* §. *& omnino. Cod. qui pot. in pignor.* prioris vxoris filii ante maternam dotem percipiunt, quam secunda vxor dotem suam nanciscatur, atque sic mulieri præferuntur liberi primi matrimonii anteriorem habentes hypothecam.

10. In *l. vbi. C. de iure dot.* Iustinianus ait; Marito, vergente ad inopiam, vxorem posse res dotales vindicare, vel à posterioribus, vel ab aliis, qui non potiora iura legibus habere noscuntur. Ergo concedendum est, antiquioribus creditoribus, expressam hypothecam habentibus mulierem non præferri, cum hac lege posterioribus duntaxat & his qui potiora iura non habent, id est, qui tacite tantum hypothecæ præsidio muniti sunt, mulier anteponatur.

11. In *l. in rebus. 30. Cod. de iure dot.* dicitur, in rebus dotalibus mulierem omnibus aliis creditoribus præferri. Vnde concluditur quod in rebus mariti mulier priorem hypothecam non habeat, nec habentibus expressam anteriorem præferatur. Nam in tacita hypotheca clari ac aperti iuris est, mulierem semper esse potiorem.

12. Verisimile est legem ea potius sustulisse, quæ ex sua prouidentia, quam quæ ex hominis cautione proficiscuntur *l. si quid bello. ff. de captiv. & postlim. reuers.* Ergo credendum est leges quæ mulieribus aduersus priores hypothecas priuilegium indulserunt aduersus tacitas, non etiam aduersus expressas priuilegium prælationis dedisse.

13. Si antiquiores creditores excluduntur, qui sibi expressa hypotheca prospexerunt, maximo Reipublicæ detrimento hoc dotale priuilegium cedet. Namque Mercatores & cæteri à contractibus & commerciis auocabuntur, quæ in bene constitutis Rebuspublic. summopere necessaria sunt. Igitur tanto Reip. malo ad iniuriam aliorum creditorum trahi dotalis prærogatiua non debet.

Et hanc sententiam amplectuntur & propugnant Donell. Hotomannus, Sichardus ad *d.l. assiduis. C. qui pot. in pignor.* Zasius, Hotomannus, Schneidewinus ad *§. fuerat. I. de actionibus.* Couarr. *variar. resolut. lib. 1. c. 7.* Corasius ad *l. qui liberos. n. 11. ff.*

n.ff. de ritu nupt. Andr. Gailius 2.*obs.25.n.10.* Wesenb. *in paratitl. ff. qui pot. in pigno.* Anto. Neguzant. *de pignorib. part.5. memb.2.n.25.* Goden. *cons.100 n.3.*

Veruntamen priorem opinionem arbitror veritati iuris magis esse amicā; proinde quidnam ad argumenta modo adducta sit respondendum, videbimus.

Et quidem ad primum argumentum respondetur, non esse perpetuo verum quod mulier & fiscus eodem vtātur iure, cum in ambiguis pro dotibus sit respondendum *l. in ambiguis. ff. de iure dot.* pro fisco autem non item *l. non puto ff. de iure fisci.* Proinde quamuis mulier fisco non præferatur, quoniam priuilegiarius contra priuilegiarium sua prærogatiua non vtitur *l. verum. §. vlt. ff. de minorib. l. sed & milites. ff. de excusat. tutor.* nihilominus poterit mulier in concursu aliorum creditorum potiora iura habere. Deinde *d. l. si pignus. & d. l. si fundum.* intelligi debent de bonis fisco ratione delicti obligatis, non etiam ratione contractus. Etenim si fiscus cum aliquo contrahat, cuius facultates aliis, qui priuilegium non habent, iam iure pignoris teneantur; nulla dubitatio est, quin fiscus, quantumuis posterior cæteris potiora iura obtineat. *l. si is qui. ff. de iure fisci.* Igitur fiscus tunc demum prioribus creditoribus cedit, quando ei bona ratione admissi sceleris tenebuntur, non etiam quando ratione contractus, sicut nec mulier. Postremo obseruandum est quod in *d. l. 2. C. de priuilegio fisci.* nō dicatur quod fiscus & mulier paribus passibus ambulent, sed solū quod fiscus priorem hypothecam habēs præferatur mulieri & vice versa. Ex quo tamen non sequitur, priuilegia fisci competere mulieri & contra: Nam & fiscus præfertur priuato si sit prior, & priuatus fisco, si antiquiorem habeat hypothecam *l. 8. ff. qui pot. in pigno.* & tamen priuatus atque fiscus non nituntur pari iure ac priuilegio. Ad secundum argumentum respondetur in *d. l. assiduis.* eum dici temporis priuilegio munitum, qui priorem & antiquiorem habet expressam hypothecam, seu qui habeat in conuentionali hypotheca prærogatiuam temporis. Hæc quippe temporis prærogatiua appellatur priuilegium temporis in *l. si eo iure. ff. qui pot. in pignor.* Et probe notandum quod Iustinianus non loquitur de illis creditoribus, qui *Priuilegio* sunt muniti, sed de iis, qui *temporis priuilegio* sunt muniti: per hoc autem temporis priuilegium non potest aliud intelligi, quam prærogatiua temporis, qua creditores tempore priores cæteris præferuntur.

Ad tertium argumentum respondet Guibertus; potiorem esse hominis cautionem dispositione legis, quoties lex tantum disposuit in subsidium dispositionis hominis, aliter potiorem esse dispositionem legum *l. non dubium. C. de legib. l. nemo potest ff. de lega. 1.*

Ad quartum argumentum respondetur maiorem eius propositionem esse veram, nisi princeps sciens prudensque ob publicam vtilitatem, vel similem causam, priuilegium nominatim indulserit *l. 2. §. si quis à princip. ff. ne quid in loco publico.* Hoc autem in præsenti casu esse factum, dum Imperator mulieribus prospexit vt creditoribus etiam tempore prioribus præferentur, quoniam publicus matrimonii & liberorum fauor id ipsum exposcere videbatur *l. 1. ff. solut. matrim.* Ant. Guibert. Costan. *d. c. 7.* Deinde quod dicitur, principem non posse priuato ius suū auferre aut deterius facere, id non procedit, quando princeps per modum condendi legē vniuersalē in futurum aliquid constituendo & sanciendo priuatis præiudicat. Hoc n. casu non potest proprie dici sua cōstitutione aliquid priuato auferre, cū solum caueat, quidnā in futurū obseruari velit. Proinde creditores sub hypotheca cū aliquo cōtrahentes,

bentes, eo quod sciunt, aut scire debẽt, vxorem sui debitoris hac gaudere prærogatiua vt etiam expressam anteriorẽ hypothecam habentibus creditoribus præferatur; non possunt de vlla iniuria conqueri.

Ad Quintum argumentum respondetur à Guiberto Costan. mulierem ius aliis quęsitum non auferre, sed principẽ aut legem, quæ cum magis sit rerũ nostrarum domina, quam nos ipsi, ideo iure res proprias singulis auferre & posteriores prioribus anteponere; id quod exemplum vsucapionis comprobat, quæ propter legis authoritatem, qua nititur res proprias negligentibus rerũ dominis aufert. Et profectò ius prælationis, quod habet mulier, non ex contractũ ipsius, sed ex dispositione legis descendere, plusquam manifestum est.

Ad sextum argumentum respondetur, illud falso niti principio: Quod enim ius singulare, siue speciale, deroget iuri communi omni dubio caret & quamplurimis iuris nostri locis confirmatur; textus sunt *in cap. 1. de rescr. c. 1. generi. de Reg. Iur. l. vxorem. §. felicissimo. & l seruis vrbanis. §. si alii. de legat. 3. l. in toto. ff. de Reg. Iur.* Quod si tamen ius commune & speciale in eadem persona concurrunt, actus, qui iure communi valere potest, ex priuilegio non sustinetur quandiu ius commune locum habet *d. l. centurio. ff. de vulgar. & pup subslit.* In concursu tamen ius speciale potius esse iure communi probat *l. 3. ff. quod cum eo. l. Ex facto. §. vlt. ff. de pecul.*

Ad septimum argumentum respondetur rationem *d. l. assiduis* & in ea tributi priuilegii non solum à personalibus actionibus, sed etiam ab imbecillitate muliebri à difficultate partus, ab obsequio erga maritum, desumptum esse, ac proinde committi in proposito argumento fallaciam diuisionis. Giphanius. Deinde & hoc responderi potest commodissime: Iustinianum Imperatorem *in d. versi. Cum enim.* non adducere rationem, quare mulieres præferantur anterioribus creditoribus, sed vetus solum priuilegium, quod antea habuit mulier, cum nouo hoc, quod ipse tribuit, conferre.

Ad octauum argumentum respondetur Iustinianum id quod veteres cœperunt sic consummasse, vt cũ veteres cœperint mulieres anteferre creditoribus nemde illis qui tacitam solum habebant hypothecam, ipse eam omnibus, etiam expressam hypothecam habentibus antepofuerit: Id quod etiam significare videtur, dum ait, se *pleno legis articulo consummasse*, quod antiquitas ad effectum non deduxerit. Item dum dicit se mulieri *potiora iura contra omnes mariti creditores dedisse.*

Ad Nonum argumentum respondetur casum istum quo ex priori matrimonio liberi cum nouercis suis concurrũt, nominatim & expresse à præcedente regula esse exceptum: Exceptionis autem rationem hanc esse, quod liberi isti in suæ matris locum succedentes, eodem gaudeant priuilegio, quo ipsa mater fuerat munita, adeoque æque sint priuilegiati atque nouerca: ac proinde Nouercam suo priuilegio aduersus æque priuilegiatos vti non posse. Guibert. Costan. *d. c. 7.*

Ad decimum argumentum respondetur, verba *l. vbi. C. de iure dot.* antiquiores creditores non excludere, cum sequentia verba eos complectantur.

Ad vndecimum argumentum respondetur adductam *l. in rebus. 39. C. de iure dot.* de rebus mariti etiam accipiẽdam esse, quoniam ibi additur, siue æstimatæ siue inæstimatæ res fuerint, quæ verba ad mariti res referri debere ait Guibertus Costan. Cum rerum, quæ æstimatæ in dotem dantur, maritus vere dominium

nium nanciscatur *l. quoties. C. de iure dot. l. cum post. §. dotem ff. eod. tit.*

Sed tamen, ipse etiam Costanus fateri cogitur, hanc responsionem paulo infirmiorem esse. Proinde ipsi potius dicendum videtur, etsi *d. l. 30.* tantum de rebus dotalibus loquatur, in illisq; creditoribus prioribus mulier præferri dicatur: Id tamen priuilegium vxori ibidem tributum postea ad res qualcunque mariti extensum esse: ita vt non solum in rebus dotalibus sed in cæteris quoque mariti rebus præferretur antiquioribus creditoribus. *l. assiduis. Cod. qui pot. in pignor.* Et sane non est absurdum, nec infrequens, vt quod in vno textu minus est dictum, hoc ex alio textu supplementum accipiat: quin etiam non sequitur, mulieri in rebus mariti tribuitur prerogatiua vxori. Ergo in cæteris rebus ei denegatur, quia vnius inclusio non est alterius exclusio.

Ad duodecimum respondetur argumentum istud in coniecturis duntaxat & præsumptionibus consistere: ad præsumptiones vero & coniecturas hic recurrendum non esse, cum leges ita dilucide & aperte hanc quæstionem definierint, vt sine euidenti calumnia & aucupatione verborũ eas euitare nemo posit. Quin etiam cum propositum argumentum satis indicet, nos in proposito versari in re dubia, idcirco pro dote respondendum erit, ita vt vxor non saltem in rebus dotalibus, sed etiam in rebus cæteris mariti eiusdem creditorib. præferatur argum. *l. in ambiguis. ff. de iure dot.* Maxime cum & alias fauores ampliari & odia restringi oporteat.

Ad postremum argumentum respondendum est: Non esse hoc metuendum vt occasione & contemplatione huius dotalis priuilegii impediantur commercia & à contrahẽdo cum maritis deterreantur alii, cum perraro accidat vt si omnium contractuum habeatur ratio, vt in id discrimen creditores coniiciantur, cum & plerunque quando maritus ad inopiam vergere incipit, desinitque esse soluendo, vxor dotem suam repetat; sic vt ipsi opus non sit præfato prælationis priuilegio.

Ex his proinde concludendum est, quod verissima sit illorum sententia, qui mulierem omnibus mariti anterioribus creditoribus expressam hypothecam habentibus præferri asserunt.

Equidem iure prouinciali Saxonico aperte hæc quæstio decisa est, ita vt mulier omnibus qui anteriorem expressam hypothecam habeant postponi, illisque solum qui habent anteriorem hypothecam tacitam proponi debeat verba *Constit. Elector. Augusti 28 part. 2.* ita se habent: Vnd nach diesem sol deß Schuldeners Eheweib mit irem eingebrachten Gut/ so viel sie dessen erweisen kan / allen andern Glaubigern/so nit älltere außtrückliche Verpfändung haben / vorgezogen werden.

Illud nunc excutiendum venit, quod in resolutione præcedentis quæstionis attigimus, anne mulier præferatur fisco anteriorem hypothecam habenti? Etenim expeditum hoc est & indubitatum quod mulier mariti creditoribus, tacitã anteriorem hypothecam habentibus præferatur: Sed & illud constat fiscum habere tacitam hypothecam in bonis suorum creditorũ: Hinc igitur quæstio ista, quam proposui, extitit, anne fisco præferatur mulier, si fiscus cum marito eius antequam matrimonium iniisset, contraxerit? Et quidem quod mulier nõ præferatur fisco, antiquiorem hypothecam habenti, sed fiscus anteferatur mulieri videtur clare & perspicue probari *l. 2. C. de priuilegio fisci.* quę ita habet: *Quamuis ex causa dotis vir quondam tuus tibi sit cõdemnatus, tamen si priusquam res tibi obligarentur, cum fisco contraxit, ius fisci causam tuam praeuenit.* Ecce hic antiquiorem hebat

Quæst. 44 *An mulier præferatur fisco anteriorem hypothecam habenti?*

bebat hypothecam fiscus muliere, & ideo quærebatur anne præferretur in bonis mariti vxori. Et diserte respondet Antoninus Imperator, fiscum præferri vxori.

Sed pro contraria opinione & quod mulier præferatur fisco facit textus in *l. assiduis. C. qui pot. in pignore.* Nam ibi generaliter definitur, mulierem potiorem iura habere contra OMNES mariti creditores. Et cum hic textus sit correctorius ac ius nouū inducat, idcirco videtur dicendum quod *dict. l. 2. Cod. de priuileg. fisci* emendetur Donell. *in d. l. assiduis num. 2.*

Cæterum mihi verior videtur prior opinio, quam etiam Iacobus Cuiacius & Franciscus Balduinus in *d. tract. de pignoribus, cap. 19.* defendunt, quod fiscus si antiquiorem habeat hypothecam, mulier vero posteriorem, tunc fiscus mulieri præferri debeat.

Etsi enim verba *d. l. assiduis C qui pot. in pignore* sint generalia atque omnes omnino creditores postponant mulieri, regula tamen ista noua & correctoria non erit ad exceptiones eaque quæ singulari nituntur priuilegio referenda: Nunquam enim leges nouæ & correctoriæ, quantumuis generales, ad ea applicantur, quæ speciali ac singulari priuilegio nituntur.

Quæst. 45. *An fiscus præferatur ex primipilari causa agens?* Quod si tamen maritus ex causa primipilari conueniatur plerique in ea sunt sententia quod tunc fiscus, ad quem causa principalis pertinet, vxori sit potior ipsique anteferatur. Est enim primipilus Centurio, qui annonæ inter milites distribuendæ præficitur Duaren. ad *l. 1. ff. solut matrimon.*

Quod si igitur maritus talis fuerit primipilus, non solum eius, sed & vxoris bona fisco tacite obligata erunt. *l. satis notum. C. in quib. caus. pign* Quapropter eum postea maritus conuenitur propter administrationem suam, ratione huius tacitæ hypothecæ fiscum mulieri præferri aiunt: Idque ex hac ratione quod ea primipilaris causa admodum fauorabilis sit propter ingens periculum, quod ex primipili mala administratione Reipublicæ imminet. Duaren.

Deinde ait Vanderanus in *tract. de priuileg. credit. c. 4. n. 24.* Dotis causam, quando cum fisco propter male à marito administratum primipilare officium concurrit, priuatam esse, non publicam, ex eaq; causam duntaxat priuatam, non publicam lædi: Quod vero ex administratione oritur damnum, publicum esse.

Cum autem publica priuatis longe præualeant, maiore etiam fauore causam fisci primipilarem, quam mulieris, dignam esse, & ideo à fisco hac saltem in causa excludi mulierem.

Sed Donellus ad *d. l. assiduis. C qui pot. in pign. 10.* negat ex hac etiam causa fiscum præferri mulieri, propterea quod recentiori Iustiniani constitutione in *d. l. assiduis* mulier præponatur omnibus mariti creditoribus; atq; sic leges anteriores, in quibus aliqui mulieri antea præferebantur emendari & abrogati videantur; vnde & *d. l. satis notum. 4. in quib. caus. pign. vel hypothec. tac.* correctam & abrogatam esse putat.

Veruntamen quod paulo supra in resolutione præcedentis controuersiæ ad generalem *d. l. assidu s.* sanctionem eiusdemque correctionem responsum fuit, id hic repetitum volo. Atque ita censeo fiscum etiamnum non modo ex causa primipilari, sed aliis etiam ex causis contra maritum agentem præferri mulieri.

Quæ. 46. *An præferatur mulier illi, qui credidit in rem instruendam?* De eo qui in rem instruendam credidit, anne ipsi mulier præferatur quæri solet? pro negatiua sententia adducitur textus in *Nouella 97. c. 3.* vbi expresse scribitur, eum cuius pecunia res comparata vel refecta fuerit omnibus creditoribus esse potiorem.

2. Est deinde huius ratio satis euidens.

dens atque illustris, hæc videlicet quod ille qui in rem conseruandam credidit, effecerit vt res sit salua, & mulier cæterique creditores in ea pignus habere possint. Et huic sententiæ subscribunt Hub, Giphanius ad *d.l.assiduis.C.qui pot.in pign.* Ioannes Robert.*lib.3.animaduers.c.14.*

Sed pro contraria opinione, quod scilicet mulier præferatur & illi, qui ad rem reficiendam aut resarciendam credidit, etiamsi anteriorem habuerit hypothecam verius esse videtur.

1. Quia in *d.l.assiduis.C.qui.pot.in pign.* mulier generaliter omnibus creditoribus anteriorem hypothecam habentibus antefertur. Ergo & ei qui in rem reficiendam credidit.

2. Quia videtur eam in rem expressus textus extare *in Nouell.97.c.3.vers.volumus igitur.* vbi hæc habentur verba: *Volumus igitur secundum hoc, vt si quis domum renouasset, aut etiam agrum emisset, non possit talia priuilegia mulieribus opponere: infirmitatem enim muliebris naturæ satis nouimus, & quia faciles circumuentiones sunt aduersus eas, &c.* Ex hoc igitur textu videtur euidentissime colligendum, quod mulier in hypotheca tacita præferatur etiam illis, qui in comparationem, refectionem aut reparationem rei crediderunt.

Huic vero posteriori sententiæ non videtur obstare *d.c.3.in prin.* Nam etsi ab initio dicatur quod hic, cuius pecunia fuerit res refecta, vel reparata, omnibus præferatur creditoribus anterioribus, nec exceptio mulieris subiiciatur, tamẽ satis est, quod in fine eiusdem *capitis 3.* ista exceptio subiicitur atque ostenditur, quod mulier, quamuis posterior, præferatur ei, qui in rem reficiendam credidit.

Quod vero ad rationem, propter quam ille, qui in rem reficiendam credidit præferri debeat mulieri, videtur illa exigui esse momenti; fundata quippe est solum in commodo priuato creditoris: At mulieris priuilegium in vtilitate publica fundamentum habet, *argu l.1.ff. solut. matrim.* Nemo autem ignorat maiorem semper & vbiuis rationem esse habẽdam vtilitatis publicæ, quam commodi priuati.

Sed tamen, quicquid etiã ex hac parte prætẽdatur, verissima est illorum sententia, qui statuũt quod mulier nõ præferatur ei, qui in rem reficiendam credidit, si priorem hypothecam habuerit.

Nec quicquam moueor textu *d.l.assiduis.C.qui pot.in pign.* Nam *Nouell 97.* longe est recentior ista Iustiniani constitutione, & ideo non est absurdum dicere, quod per istam Nouellam Iustiniani cõstitutionem *d.l.assiduis.* hactenus emendationem acceperit; cum præsertim dicta Nouella cõstitutio satis sit perspicua.

Quin & illud responderi posset *d.l. assiduis.* ad eum creditorem, qui in rem parandam vel reficiendam credidit, non esse extendendam: quandoquidem speciali iure cautum fuit de eo, vt non solũ tacitam haberet hypothecam, sed omnibus etiam anterioribus creditorib. præferretur. *l.licet.7.C.qui pot.in pignor.* noua siquidem constitutio correctoria nunquam ad casus specialiter exceptos, ac singulari priuilegio subnixos extẽditur,

Sed nec *d.Nouel.97.c.3.vers.volumus.* ea est sententia quod mulier præferatur illis, qui in refectionem, reparationem & comparationem rei crediderunt, sed inter mulierem & illos creditores solum temporis ordinẽ obseruari iubet: Imperator ita vt isti, qui in rei comparationẽ, vel refectionẽ crediderũt, si posteriores fuerint, non præferantur mulieri, sicut præfertur cæteris creditorib. nec mulier posteriorẽ hypothecã habẽs, præferatur illis, in hypotheca priorib. sed qui inter eos tẽpore est prior, potior etiã sit iure; nec alter alteri suũ priuilegiũ opponere possit. Donel.*ad l.8 n.9.C.qui pot.in pignor.*

Cuiac. ad *d. No. 97. & in Mercat. lib. 3. c. 14.* Hæc ita sese habere clare & perspicue ostendunt verba textus, quæ ita habent: *Volumus igitur secundum hoc, vt si quis domum renouasset, aut etiam agrum emisset, non possit talia priuilegia à mulieribus opponere, infirmitatem namque muliebris naturæ satis nouimus, & quia facile circumuentiones fiunt aduersus eas, minui autem eis dotem nullo sinimus modo &c.*

Sic proinde statuendum est mulierem, in pignore posteriorem; non præferri isti creditori qui in rem reficiendã credidit, tempore priori; sed nec hunc posteriorem mulieri, sed vtrumque pari passu ambulare.

Quæst. 47 *An præferatur ille qui in funus credidit?*

De eo quoque, qui in funus credidit, controuertitur, anne à muliere, in hypotheca posteriore excludatur?

Et quidem pro Negatiua sententia inprimis facit *l. pen. ff. de religios. & sumpt. funer.* vbi Marcianus scribit: *Impensa funeris semper ex hæreditate deducitur, quæ etiam omne creditum solet præcedere; cum bona soluendo non sint.* Cum igitur impensa funeris omne creditum præcedat, consequens est mulierem non præferri ei, qui in funus credidit, sed hunc potius anteferri mulieri.

2. Quam sententiam ista quoque ratio suadere videtur: Nam funerationis fauor longe est maximus, nec alioquin contra omnem humanitatem cadauera insepulta iaceant.

3. Et quod, qui in funus credidit præferatur illis qui tacitam habẽt hypothecam, in quorum censu etiam est mulier, satis luculenter euincere videtur *l. 14. §. 1. ff. de religios. & sumpt. funer.* vbi si inquilinus sit mortuus, nec in promptu sit vnde sepeliatur, ne cadauer ipsius insepultum maneat, placet ex inuectis & illatis in prædium ipsum esse funerãdum. Atqui inuecta & illata in prædium conductum tacite sunt oppignerata domino fundi pro mercede locationis *l. 2. & l. 3. ff. in quib. caus. pign. vel hypothec.* Ergo huic tacite hypothecæ præfertur funeris impensa. Idem quoque relucet ex eo, quod si res à testatore sint legatæ, de cuius funere agitur, nec sit, vnde funeretur, de rebus legatis funeratio fieri debeat *l. & si quis. §. 1. ff. de religios.* Atqui res legatæ, immo res defuncti vniuersæ obligatæ sunt pignori legatariis. Huic igitur tacitæ legatariorum hypothecæ præfertur funeris causa.

Quod si igitur tacitis hypothecis anterioribus is, qui in funus credidit, præfertur, consequens est quod & mulieri tacitam solum hypothecam habenti præferatur; Idque eo magis, quod cum singulari humanitate ac pietate erga defunctum hoc sit receptum vt funeretur defuncti cadauer, vxor multo minus, quam extraneus, prætextu priuilegii sui, honestam mariti sui funerationem impedire queat: Et quis tandem in funus sumptus faceret, si sciret, quo minus impensas istas consequeretur, impedimento sibi fore ipsius defuncti viduam? Atque ita hoc mulieris priuilegio efficeretur, vt funeratio mariti contra omnem humanitatem negligeretur.

Et ita statuunt Vanderanus in *tractat. de priuileg. credit. c. 4.* Duarenus ad *l. 1. ff. solut. matrim.* & Ioannes Sichardus *ad d. l. assiduis. n. 6. & 7.*

Sed tamen Hugo Donellus in *l. 7. & l. assiduis. Cod. qui pot. in pignor.* Contrariam defendit opinionem, contendens mulierem funerariæ causæ omnino præferri vrgens generalem Iustiniani Imperatoris *in dicta l. assiduis*, dispositionem, qua indifferenter disposuerit mulierem in actione personali præferri omnibus priuilegiariis creditoribus, sed etiam omnibus creditoribus hypothecariis, quantumuis tempore prioribus.

Et hæc sententia mihi quoq; magis, quam

quam prior, arridet; maxime cum fundamenta, pro contraria opinione adducta, non admodum sint prægnantia.

Quod enim attinet ad *l. penult. ff. de religios. & sumpt. funer.* verissima mihi videtur Donelli responsio, quam *d. l. 7. Codic. qui pot. in pign.* adducit, quod nempe hic sit eius legis sensus; cum is, qui in funus impendit, creditum repetit, id est, personali actione agit aduersus creditores cæteros, qui item creditum suum petunt, hoc est, personali actione petunt eum his omnibus præferri, ex priuilegio scilicet quod funerariæ actioni tributum est: Atque sic ex mente & sententia Marciani qui in funus credidit præfertur personalibus duntaxat, non etiam hypothecariis creditoribus.

Etenim creditores, hypothecam habentes, siue prius eam acceperint, siue posterius, quoniam habent actionem in rem præferuntur omnibus priuilegiariis creditoribus personali tantum actione vtentibus: ita quippe *in l. 9. Cod. qui pot. in pign.* refer bitur: *Eos, qui acceperunt pignora, cum in rem actionem habeant, priuilegiis omnibus, quæ personalibus actionibus competunt præferri constat.*

Et hoc ipsum bonum nobis ac validum suppeditat argumentum, quod, qui in funus impendit, non præferatur mulieri: siquidem exploratí est iuris quod creditor funeris non habeat tacitam in bonis defuncti hypothecam, sed si creditor duntaxat personalis priuilegiarius: Mulier autem præter hypothecam tacitam & priuilegium prælationis habeat *d. l. Assiduis.*

Non igitur mens est Marciani *in d. L. penult.* quod qui fundus credidit mulieri præferatur.

Non vrget ratio secundo loco allegata: fateor enim fauorem funerationis esse maximum, in singulari humanitate ac pietate fundatum, sed tamen & hoc considerandum, quod vicissim maximus sit fauor dotis, in publico commodo fundatus *l. 1. ff. solut. matrimon.* ob quem dotis causa semper & vbiuis debet esse præcipua prout ait Papinianus *in l. 1. & 2. ff. solut. matrimonio. l. 1. & 2. ff. de iure dot.* adeo vt etiam in ambiguo, in quo vtique & nunc versamur, pro dote sit respondendum *l. in ambiguis. ff. de iure dot.*

Sic etiam postremum argumentum plane non resistit. Satis enim superque ostensum est, quod qui in funus credidit, non præferatur creditoribus hypothecariis, sed priuilegiariis duntaxat nudis, qualis non est mulier.

Nec quicquam remorantur quæ ex *l. 14. §. 1. ff. de religiosis & sumpt. funer.* de rebus inductis atque inuectis; deque rebus legatis adductæ fuerunt; quod enim illis in rebus creditor fuerit inquilino & legatariis, qui legalem, siue tacitam habent hypothecam, præfertur, id singularem habet rationem, neque regulam in cæteris creditoribus hypothecariis, sed exceptionem in his, legatario, inquam, & inquilino constituit.

Rationem vero specialitatis hæc adducitur, quod quæ inducuntur in prædium conductum obligentur quidem tacite pignori, sed hactenus dum id pignus non officiat rebus fauore dignis: sic enim tale pignus non officit libertati *l. licet. ff. in quibus causis pign. vel hypothec. tac.* Eadem igitur de causa non remoratur funerationem rem consimiliter fauorabilem.

Deinde etsi res legatæ sint pignori obligatæ legatariis ideo tamen visus est funeris impensas præferri legatariis, quia satius est de suo testatorem funerari, quam aliquos legata consequi *d. l. 4. § 1.* Quinimo si nec accurate consideretur, dicendum erit quod nulla hoc casu, cum de funere agitur subsit hypotheca: Non est enim hypotheca legatorum nomine, nisi prius adsint legata: Atqui cum defunctus soluendo non est omni-

bus tum creditoribus, tum legatariis, non debentur legata, nisi deducto omni ære alieno aliquid supersit, quod legatis supersit. Et creditores præferuntur legatariis *l. successores. C. ad l. Falc. l. vltim. §. Etsi præfatam. C. de iure delib.* Iam vero funeris impensa æs alienum patrimonii defuncti iudicatur *l. Impensa enim. 18. C. de iure deliberand.* Donell.

Postremo, etsi daretur quod funeris impensæ causam dotis olim præcesserint; id tamen hodie mutatum esset; idque per textum *in d. l. Assiduis. C. qui pot. in pign.* quia illic non solum Iustinianus diserte constituit vt mulier in actione personali præferatur omnibus priuilegiariis creditoribus, sed etiam quia mulieri tribuit hypothecam cum eiusmodi priuilegio coniunctam, vt omnibus omnino creditoribus anterioribus præferatur.

Quæst 48. *An mulier præferatur deponenti?*

Sed numquid mulier præferetur deponenti, qui rem aliquam apud maritum deposuit? quæstio sane perquam dubia & diligenti consideratione dignissima est.

Pro vtraque enim sententia sunt fundamenta admodum speciosa & prægnantia.

Et quidem pro deponente quod præferri debeat mulieri hæc adduci possunt argumenta.

1. *In l. si quis vel pecunias. 11. C. depositi.* Iustinianus sancit deponenti rem depositam, sine vlla mora & dilatione, restituendam esse; adeo vt nulla ipsi exceptio, qua depositi exactio impediatur obiici queat: verba textus hæc sunt: *Si quis vel pecunias, vel res quasdam per depositionis acceperit titulum, eas volenti ea, qui deposuit, reddere illico modis omnibus compellatur, nullamque compensationem vel deductionem vel doli exceptionem opponat, quasi & ipse quasdam contra eum, qui deposuit, actiones personales vel in rem, vel hypothecariam prætendens; cum non sub hoc modo depositum acceperit, vt non concessa ei retentio generetur, & contractus, qui ex bona fide oritur, ad perfidiam retrahatur.*

Ecce hic aperte sancitur quod nulla hypotheca quam quis prætendit, depositi restitutionem impediri possit.

2. Quia iniquum foret deponentem eundemque dominum rei suæ dominio, quod semper penes ipsum remansit *l. licet. §. rei. ff. depositi.* sine vlla sua culpa priuari *l. cum mandati. C. mandati.* Cum depositi restitutio iure & legibus ita sit necessaria vt ne compensationis quidem exceptio, depositum repetenti possit obiici *l. vltim. Codic. de compensat.*

3. Quia depositorum præcipua semper est causa etiam ante priuilegia *l. si hominem 7 §. penult. & l. sequent. ff. depositi. l. si ventri. 24. §. 2. Digest. de rebus authoritat. iudic. possidend.* præsertim cum aliud sit credere, aliud deponere *d. l. 24. §. 2.* nisi si quis sit depositor vt creditor, hoc est, nisi, vt creditores plerumque solent & depositor nummis depositis vsuras quoque ab eo, penes quem eos deposuit, acceperit: Hoc enim casu depositor ab aliis creditoribus non differt, nec priuilegium habet *d. §. 2. & l. 4. & 9. ff. de reb. credit.*

Et ita Vaud. *lib. 2. quæst. 21.* Hubert. Giphan. *ad d. l. Assiduis. C. qui pot. in pignor.* statuunt.

Sed mihi, tantorum virorum bona venia liceat ab hac sententia discedere & in contrariam transire opinionē: Hanc enim iudico longe esse veriorem; & hoc propter sequentes rationes.

1. Primo enim generalis est sanctio *d. l. Assiduis. Codic. ne posteriores in pignore.* quæ mulieri in bonis mariti indifferenter tribuit contra omnes mariti creditores, etiam anteriores prærogatiuam. Ab hac autem generali constitutione nuspiam reperitur deponens exceptus: proinde sub regula ista comprehensus censeri

fieri debet; idque eo magis quod hic de dotis agatur fauore; pro quo non solum in dubio respondendum *l. in ambiguis. ff. de iure dot.* sed etiam interpretatione extendi, minime vero restringi debet *cap. odia de reg. iur. in sext. & l. penult. ff de constit. princip.*

2. Accedit quod depositarius non habeat pro suo deposito legalem, seu tacitam hypothecam; sed si vllam præ aliis haber prærogatiuam, illa personalis solum est. Mulier autem habet tacitam hypothecam, pro dote, in bonis sui mariti. *§. fuerat. I. de actionibus. d. l. Assiduis. C. qui potiun pignore.* Iam vero constat quod hypothecarii creditores omnibus priuilegiariis creditoribus præferantur. Textus apertus est *in l. eos. C. qui pot. in pign.* vbi Impp. Dioclet. & Maximin. rescribunt: *Eos qui acceperunt pignora, cum in rem actionem habeant, priuilegiis omnibus, quæ personalibus actionibus competunt, præferri constat.*

3 Quapropter mulier, si alio non niteretur priuilegio, hac certe ex causa potior deberet esse deponente, quod hypothecam habet tacitam, deponens vero nudam personalem actionem. Sed nec verũ est quod deponens vllum habeat personale priuilegium, cuius vi aliis anterioribus creditoribus præferri debeat.

Neque vero contrarium euincunt argumenta Giphanii & Vaudi, supra recensita.

Quod enim ad *d. l. 11. C. depositi* attinet, loquitur ea depositario, non de tertio aliquo ipsius depositarii creditore; & negat solum quod depositarius, contra fidem contractus, possit prætextu compensationis vel hypothecæ depositum retinere, aut vllam exceptionem reposcenti depositori opponere; Ex ratione quæ ad solum spectat depositarium, *quod contractus, qui ex bona fide oritur, non debeat ad perfidiam retrahi.* Nihil igitur ad propositum ea lex, quadrare videtur.

Ad secundum respondeo, si argumentum istud quicquam concluderet, efficeret quoque nec commodanti mulierem præferri posse in bonis mariti, quia & is retinet dominium, eumque dominio sine causa priuari, iniquum foret: At nemo vnquam extitit tam audax, qui asserere ausus fuerit, quod mulier in bonis sui mariti non præferatur commodanti. Deinde falsum est quod mulier priuat deponentem suo deposito, cum priuilegio suo vtendo, id solum quod sibi debetur quodque suum est aufert, neminem vero suo spoliat: Nam & ipsa non minus domina mansit rei dotalis, atque deponens rei depositæ *l. in rebus 30. C. de iure dot.* Quod si deponens suum non consequitur à depositario, vxore eius dotem repetente non vxoris iniquitati, sed depositarii perfidiæ hoc adscribendum erit.

Ad postremum respondetur; Etsi deponens sit creditor priuilegiarius & ob id alios præcedat creditores personales, prout innuere videtur *d. l. 7. ff. depositi.* nõ tamen est hypothecarius: Aliquoties autem ex *l. Eos. C. qui pot. in pign.* demonstratum est, quod hypothecarii creditores præferantur omnibus priuilegiariis creditoribus; vnde & mulier, quæ tacitam habet hypothecam, depositario merito præferetur. Deinde & hoc considerandũ est, quod mulier duplici gaudeat priuilegio, tacitæ hypothecæ & prælationis. Vt taceam quod constitutio *d. l. Assiduis.* generaliter deferat mulieri prærogatiuã contra OMNES mariti creditores; Et cum ea constitutio sit noua, consequens est quod, si quippiam aduersaretur *d. l. 7.* ea sublata & emendata esset quoad depositarii vxorem.

Tenendum igitur & fortiter statuendũ est ꝙ mulier præferatur omnib. creditorib. anteriorẽ hypothecã habentib.

teris etiam creditoribus; quantumuis in hypotheca anterioribus.

Cæterum ab hac sententia discedit Antonius Faber *lib. 8. coniect. 13.* & statuit, ne quidem liberis ius prælationis matri tributum, competere post mortem matris; Hoc vero sequentibus rationibus obtinere conatur.

1. Certum est quod ius prælationis sit personale: Hoc quippe euincunt euidentissimæ rationes, quibus istud beneficium fulcitur, relatæ *in d. l. Assiduis in pr. & §. 1.* omnes siquidem illæ ad solius mulieris personam sunt accommodatæ. Iam vero priuilegia personalia ad heredes non solum extraneos non transeunt, sed nec liberos. *§. priuilegia de Reg. Iur.* Quare priuilegium matris ad liberos non transibit.

2. Idem quoque probare videtur *l. vnic. C. de priuilegio dotis.* quæ negat priuilegia mulieris, quæ habet in actione de dote, ad heredes eius deriuari. Loquitur autem de heredibus in genere, nec excipit liberos.

3. Præterea pro eadem sententia est textus expressus *in d. §. fuerat. I. de actionibus* vbi, cum Iustinianus dixisset se fœminis hoc tribuisse priuilegium vt præferretur omnibus creditoribus, subiicit statim, hoc beneficium *solius mulieris prouidentia esse introductum.* Vnde aliud inferri & concludi non potest quam quod liberi non habeant beneficium præcedentiæ, quod ratione dotis competiit matri.

Et hæc sententia mihi quoque videtur esse verissima.

Non refragatur ipsi primum communis opinionis argumentum: Nam procedit à disparibus ac dissimilibus: quia ei priuilegia mulieris, de quo nunc differimus, non est simile priuilegium marito datum vt dotis nomine condemnetur in id duntaxat, quod facere potest.

Hoc quippe etsi personale sit, & ideo nec in heredem transeat *l. Maritum. 12. cum l. sequent. ff. solut. matrimon.* transit tamen in liberos, qui patri heredes extiterunt *l. Etiam. 18. eod.* quoniam longe est fauorabilius eo quod matri competit: propterea quod marito dotis nomine conuento, adeoque reo competit, & quidem ei reo, qui etiam post solutum diuortio matrimonium, reuerentia debeatur in honorem transacti matrimonii *l. 1. 2. & 3. §. sed & cum vxore. ff. rer. amot.* Igitur mirum non est quod idem priuilegium communibus liberis competit non quasi ad eos transmissum, sed quasi ipsorum proprium, vt in quibus eadem fauoris & æquitatis ratio locum habeat ob honorem sanguinis & naturæ. At priuilegium, quod ex lege Iustiniani debetur matri, vt nempe omnibus sui mariti creditoribus præferatur, minus est fauorabile; cum non exceptionem inducat, sed actionem.

Deinde nulla matri fit iniuria ex eo priuilegio vt proprios liberos non nisi deducto, ne egeant vrgere possit, cum si egerent, alere eos de suo ipsa cogeretur *l. si quis à liberis. 5. in pr. §. 2. versic. ergo & matrem. ff. de agnoscend. & alend. liber.* Atqui per priuilegium matris, vt anterioribus etiam præferatur creditoribus, non exigua videtur inferri antiquioribus creditoribus iniuria.

Ad secundum argumentum respondetur, regulam propter quod vnumquodque, &c. non procedere quotiens ratio & conditio vtriusque est diuersa: Iam vero certum est quod diuersissima sit ratio mulieris & liberorum eius: Nam rationes omnes atque singulæ propter quas mulieri prælationis tribuitur priuilegium, in liberis mulieris penitus deficiunt. Deinde argumentum hoc & allegata regula non procedit in exorbitantibus & iuribus singularibus, siue priuilegiis: Hæc enim nulla compa-

ratione maioris & minoris extensionem admittunt.

Ad *d.l.Assiduis versic. exceptis*. respondetur ab Antonio Fabro: ibi non hoc priuilegium tribui liberis mulieris, vt præferatur omnibus creditoribus antiquiorem hypothecam habentibus, cum secunda vxor, cui liberi primæ vxoris ibidem præferendi dicuntur, non priorem, sed posteriorem habeat hypothecam, sed hoc solum quod mulier secunda, licet in dotis repetitione cæteris omnibus anterioribus creditoribus, non tamē præferatur liberis prioris matrimonii, maternam dotē repetentibus: Ex ea ratione quod duabus dotibus ab eadem substantia debitis, ex tempore prærogatiua manere debeat, quorum verborum hunc sensum esse Antonius Faber ait; Non debere priuilegiatam mulierem vti priuilegio contra priorem mulierē æque priuilegiatam aut eius liberos. Vt ita Iustin. liberis primæ vxoris non conferret ius prælationis, cuius beneficio præferantur omnibus omnino creditoribus etiam anterioribus; sed ius tacitæ solum hypothecæ, cuius intuitu præferantur secundæ vxori sui patris, posteriorē hypothecam habenti, iuxta illam regulam, *qui prior est tempore potior est iure l. 2. & 4. C.qui pot.in pign.* Id quod & ratio ista, à Iustiniano adducta, satis aperte edocet; idcirco enim prærogatiuam prioris vxoris liberis tribui ait; quia duabus dotibus ab eadem substantia debitis ex tempore prærogatiuam manere velit: prærogatiua autem temporis est illa, qua creditores, tempore priores, præferuntur posterioribus. Idem plane ad *d.Nouell 91.* respondendum est. Nam ex textu plus quam manifeste relucet ꝙ liberis prioris matrimonii contra secundam patris sui vxorem, h.e. nouercam suam ius solum tacitæ hypothecæ temporisq;. prærogatiua tribuatur vt antiquiorem hypothecam matris suæ habentes, excludant nouercam, vtpote hypothecam posteriorem habentem.

At nunquid etiam cum aliis creditoribus anterioribus concurrentes liberi eos excludent? nuspiam hoc eis tributum legitur ac proinde & hic iuri communi eiusdemque regulis subiacebunt.

Et hæc in vero ac proprio matrimonio proculdubio obtinent: Quid vero de putatiuo matrimonio dicendum? an ne etiam in illo mulier præfato priuilegio gaudebit? Putatiuum matrimonium dicitur illud quod illegitimum quidem, sed bona tamen fide contractum est vt si cum seruo, vel in gradibus prohibitis aliqua contraheret matrimonium dotemque marito suo putatiuo inferret; Et hoc casu contra Bart. cum Vdal.rico Zasio & Antonio Neguzantio dicendum videtur, quod etiam in putatiuo matrimonio hoc eodem beneficio vxor gaudeat. Quæst. 5. *An beneficia mulierum locum habeant in putatiua dote?*

Et pro hac sententia bonus est textus *in l. 22. §. vltim. ff. solut. matrimon.* cuius hæc sunt verba: *Si mulier in conditione mariti errauerit putauerit que esse liberum, cum seruus esset; concedi oportet quasi priuilegium in bonis viri mulieri videlicet vt si sint & alii creditores hæc præferatur, &c.*

E quibus verbis relucet quod matrimonium putatiuum bona fide contractum habeat omnia priuilegia veri matrimonii & ideo etiam doti putatiuæ tacitæ competat hypotheca cum priuilegio prælationis.

Accedit deinceps huic fundamento & ista ratio, quod in putatiua dote eadem sit ratio quæ in vera dote. Ideo enim veræ doti præfata priuilegia tribuuntur, quo ea sit mulieri salua & ipsa denuo nubere possit *l. 1. & l. 2. ff. de iure dot. l. 1. ff. solut. matrimon.* At vero hanc rationem in dote putatiua æque militare, plus quam est manifestum.

Insuper constat dotem putatiuam, siue impropriam iure antiquo habuisse priui-

priuilegia ita vt fuerit præferenda omnibus actionibus personalibus *l. dabimus ff. de priuileg. cred.* est alias *l. 19. ff. de reb. auctor. iud. possid.* Igitur hoc idem priuilegium est etiam ad actiones reales extendendum. Sic enim Iustinianus quoque argumentatur *in d. l. Assiduis. C. qui pot. in pign.* veteribus legibus fuisse constitutum vt mulieres in suis dotibus repetendis præferantur omnibus creditoribus habentibus actiones personales, ideo se velle extensionem facere actionum personalium ad reales actiones.

Nec obstat huic quod dos non posset esse sine matrimonio, nec dos valeat, vbi matrimonium non subsistit *l. final. C. de donat. ante nupt.*

Nam etsi in casu proposito, quo scilicet putatiuum contractum est matrimonium, vera dos locum non habeat, est tamen dos putatiua; quale est ipsum matrimonium quam putatiuam dotem eadem habere priuilegia, quibus dos vera est insignita, modo ostendimus. Et ita concludunt Neguzant. & Zasius, *dd. locis.*

Rursus huic sententiæ non refragatur quod vera dos iustis ex causis sit priuilegiata eo quod maritus corpore, substantia & bonis vxoris vtatur *l. Assiduis. pr. & § 1. vers. quis earum non misereatur. C. qui pot. in pign.* Istæ vero causæ non habent locum in dote putatiua, quando non est secutum matrimonium.

Etenim omnes istas rationes, ob quas priuilegium prælationis mulieribus est tributum *in d. l. Assiduis.* etiam in vxore putatiua locum habere, non existimo negari posse. Quis enim non videt quod in matrimonio etiam putatiuo maritus vxoris putatiuæ & corpore & substantia & bonis vtitur æque atque in matrimonio vero. Quis etiam negabit eadem obsequia vxorem marito præstare, quæ vera vxor vero præstet marito? Insuper perspicuum est, quod periculum partus procreatio item liberorum in putatiua vxore non minus locum habeat, atque in vxore vera. At hæ sunt causæ propter quas mulieribus tacitæ hypothecæ & prælationis priuilegium tribuum voluit Iustin. prout ex *d. l. Assiduis.* relucet. Nec mouet quod matrimonium verum & legitimum non sit secutum; Nam sufficit quod secutum sit putatiuum matrimonium, hoc est, matrimonium illegitimum, sed bona fide contractum *arg. d. l. 22. § final. ff. solut. matrimon.*

Sic etiam non refragatur quod porro obiicit Zasius, tempore Digestorum ac veteri iure, dotem veram vt & putatiuam habuisse tantum priuilegium inter personales creditores. Hoc autem quoad veram duntaxat dotem cum sit mutatum *in d. l. Assiduis. C. qui pot. in pign.* idcirco in putatiua adhuc vetus ius obtinere, ita vt priuilegium habeat duntaxat inter personales creditores. Hoc inquam non obstat: Tum quia *d. l. Assiduis.* est generalis nec præcise atque in specie de vera loquitur dote, sed in genere de dote; Nec tantum de vero loquitur marito & vera vxore, sed de marito & vxore in genere.

Tum quia, etsi specialis esset constitutio Iustiniani, atque de dote solum propria ageret, tamen ob fauorem dotis extensio eius facienda esset ad dotem putatiuam cum priuilegia principum amplissimam recipiant interpretationem *l. penult. ff. de constitut. principum.* & ratio insuper eius constitutionis generalis sit; vt taceam quod & priuilegii personalis extensio olim à dote vera ad dotem putatiuam facta fuerit. Quæst. 51.

An sponsa habeat priuilegium tacitæ hypothecæ & prælationis?

De sponsa ecquidnam dicendum? Num & illa gaudebit priuilegiis hypothecæ tacitæ atque prælationis? verb. causa: Mulier quædam Valeria sponsalia contraxerit cum Flacco & dederat ei dotem, si forte matrimonium consumaretur.

Iste sponsus remisit nuncium sponsæ id est negauit se matrimonium cum ea contrahere velle, vel sponsa renunciauit matrimonio; Bona mariti venduntur, instant creditores, qui volunt præferri: Venit etiam sponsa Valeria, contendens se etiam habere priuilegium ante omnes creditores ad dotem condicendam, id est petendam actione personali, quærebatur vtrum sponsi creditoribus præferri debeat sponsa?

Et quidem de hac quæstione sunt diuersæ ac discrepantes Doctorum sententiæ: pro negatiua pugnant Antonius Neguzant. *in tract. de pignorib. part. 2. membr. 4. n. 104.* Bartol. *in l. secund. ff. de priuileg. creditor.* Vandetanus *in tract. de priuileg. credit. c. 4. num. 4. & sequent.* Zasius *ad l. quæsitum §. 1. ff. de priuileg. credit.*

1. Quia certum est quod ante matrimonium contractum verbis de præsenti non est dos *l. final. C. de donat. ant. nupt.* Ergo nec possunt ante matrimonium competere priuilegia dotis. Nam non entis nullæ sunt qualitates, nullæ considerationes.

2. Quia *in l. si sponsa. ff. de iure dot.* ICtus Hermogenianus, *si sponsa*, inquit, *dederit, nec nupserit, vel minor duodecim annis vt vxor habeatur, exemplo dotis conductionis fauoris ratione, priuilegium, quod inter personales actiones vertitur tribui placet.*

Vnde colligitur, quod, cum nominatim atque expresse sponsa præferatur creditoribus personalibus, non præferatur creditoribus hypothecariis; quod enim opus fuisset nominatim atque specialiter mentionem fieri personalium creditorum, si sponsa æque hypothecariis præferretur?

3. Facit huc etiam quod *in d. l. Assiduis. C. qui pot. in pign.* priuilegium prælationis expresse tribuitur vxori in bonis mariti: Atqui verba iurium exorbitantium stricte accipi, nec à persona, de qua nominatim sunt concepta, ad aliam personam extendi & porrigi debeat *l. quod vero. ff. de legib. l. quod contra. ff. de Reg. Iur. §. sed & quod principi. I. de iure Nat. Gent. & Ciuil.* Nam quod dicitur *in d. l. penult. ff. de constitut. principum.* beneficia principum plenissimam recipere interpretationem hoc ita accipiendum est, quod nempe in eadem persona, vel eadem causa, cui nominatim beneficia ista principalia sunt indulta, extendi debeant; Non etiam quod extra istam personam vel causam ad aliam personam vel causam illorum extensio fieri possit.

Pro contraria sententia hæc produci potest ratio.

Illis mulieribus tribuit Imperator, iura hypothecarum tacitarum ac beneficium prælationis, quæ prius in personalibus actionibus habebant prærogatiuam, cætetisque præferebantur creditoribus. *pr. & §. 1. versic. cum enim l. Assiduis.* Iam vero sponsa in personalibus actionibus olim gaudebat prærogatiua textus est apertus *in l. quæsitum. 2. ff. de priuileg. credit.* est alias *l. 17. ff. de reb. auctor. iudic. possidend.* Nam ibi Vlpianus hoc modo scribit: *Si sponsa dedit dotem & nuptiis renunciatum est; tametsi ipsa dotem condicit, tamen æquum est, hanc ad priuilegium admitti, licet nullum matrimonium contractum est: Idem puto dicendum etiamsi minor duodecim annis in domum quasi vxor deducta sit, licet nondum vxor sit.* Idem traditur *in l. 74. ff. de iure dotium*, his verbis: *Si sponsa dotem dederit, nec nupserit, vel minor duodecim annis vt vxor habeatur, exemplo dotis conditionis, fauoris ratione priuilegium quod inter personales actiones vertitur, tribui placuit.*

Ego in hac Doctorum discrepantia arbitror illorum sententiam esse verissimam, qui distinguunt inter sponsam de præsenti, & sponsum de futuro; vt illa quidem præfatis gaudeat priuilegiis: Hæc vero non item.

Et quod sponsa de præsenti habeat priuilegia dotis, hac ratione confirmatur, quod ea pro vera habeatur coniuge sicut & sponsalia de præsenti verum censentur esse matrimonium; ista quidem vt sponsa de præsenti non modo in fauorabilibus, sed etiam in odiosis habeatur loco vxoris Matth. Wesenbec. *in parat. Dig. de sponsal. n. 7.* & Schurff. *cons. 9. cent. 3.* Quicquid igitur vxori ratione dotis priuilegii aut beneficii tribuitur in *dicta l. assiduis.* Idem quoque sponsæ huic de præsenti tributum esse censeri debet.

Nec obstat huic assertioni quod ante matrimonium non possit esse dos *l. fin. C. de donat. ante nupt.* Nam id verum est; sed hic vtique matrimonium interuenisse dicendum est; Cum sponsalia de præsenti à vero matrimonio substantialibus non differant, prout alibi demonstratum est: Deinde obseruandum quod etsi ante matrimonium non quidem vera & propria dos sit: tamen dos putatiua: Hinc personalia priuilegia etiam ante matrimonium, fauore dotis, mulieri competere asseruit Iurisconsultus in *dict. l. quæsitum. 2. ff. de priuileg. credit.*

Non obstat quod in sponsa de præsenti deficiant rationes propter quas vxori concessum est prælationis priuilegium. Cum sponsus nondum ipsius fruatur corpore, nondum substantia aut bonis eius vtuntur: Nam ad hoc respondetur *d. l. assiduis.* varias esse causas, præcipue autem illarum, quæ in fauore dotis consistit, in sponsa quoq; de præsenti locum habere. Proponimus enim ac præsupponimus, in casu nostro, dotem sponso iam tum numeratam fuisse eaque etiam sponsum aliquandiu esse vsum, vt reuera dici possit substantia & bonis suæ sponsæ vsus, hanc vero dotem à spōsa repeti, quo, sponsalibus hisce de præsenti diremptis, alii denuo nubere possit. Nec est quod quis hoc loco obiiciat hac ipsa de causa sponsam quoque de futuro à priuilegiis dotalibus non excludendam fore, cum & eius dote sponsus fuerit vsus, & ipsa de dote, quo eam saluam habeat ac denuo possit nubere, restituenda agat. Nam ad priuilegium obtinendum non satis est rationem concessi priuilegii in aliquo obtinere, sed requiritur etiam vt verbis priuilegii comprehendatur: Iam vero *dict. l. assiduis.* aperte loquitur de vxore, deque marito, cuius in bonis hoc priuilegium vxori eiusdemque liberis concedit; Vxoris autem appellatione constat sponsam de præsenti; non etiam sponsam de futuro comprehendi; sic & nomine mariti sponsum de præsenti, non sponsum de futuro contineri. Quapropter sponsa de præsenti gaudebit ex *dict. l. assiduis.* dotalibus priuilegiis, sponsa de futuro non item.

Neque vero hic pro sponsa de futuro quicquam facit argumentum affirmatiuæ sententiæ supra adductum. Etsi enim verum sit quod sponsa de futuro habeat de iure veteri priuilegia dotis personalia; Et licet etiam concedendum sit, quod Iustinianus illis mulieribus tribuat hypothecam tacitam cum priuilegio prælationis, quæ olim personalia habuerint priuilegia, seu personales actiones: Obseruandum tamen est, quod hoc in sequentibus verbis eiusdem *l. assiduis.* hoc ipsum priuilegium aperte ad vxores restringat, illisq; in bonis maritorum tacitam hypothecam vna cum prælationis priuilegio indulgeat. Proinde falsum est quod omnibus omnino mulieribus, ex iure veteri personales actiones habentibus de hypotheca & prælationis iure Imperator prospiciat. *Lit. C.* Quæst. 52.

Quæritur porro an priuilegium *d. l. assiduis. C. qui pot.* locum habeat in dote confessata, hoc est, in ea dote, quam ma- *An priuilegium d. l. assiduis, C. qui*

dare maritis, sed ea sibi reseruate, aut ea marito tradere fuerint solitæ, sed in certum libellum coniecta aut etiam in instrumentum dotale *l. vltim. C. de pact. conuent. tam super dot.*

Quæst. 54. An & quatenus mulier priuilegio prælationis possit renunciare?

Sed anne huic beneficio prælationis quod mulieri à Iustiniano in *d. l. assiduis.* tributum est, renũciare valeat quæritur? Et quidem quin renunciare queat etiam sine iuramẽto satis probat *l. etiam. C. ad SC. Velleian.* vbi dicitur: *Etiam constãte matrimonio ius hypothecarum, seu pignerum marito remitti posse, explorati iuris est.* Idemque clare in *l. iubemus. 29.* constituitur. Et rationem habet satis perspicuam: prælationis quippe & hypothecarum ius solius mulieris fauore est introductum, vt constat ex *d. l. assiduis.* & rationibus ibidem allegatis: At nemo prohibetur fauori suo ac beneficio renunciare. *l. penul. C. de pact.* Verum hoc ipsum hodie ex Nouella Iustiniani Constitutione in *Auth. siue à me. C. ad SC. Velleian. & Nouell. 61. cap. 1.* temperamentum accepit, ita vt tunc demum efficaciter renunciet prædicto hypothecarum & prælationis beneficio quãdo maritus alia habet bona, è quibus mulier bona sua consequi & obtinere posset; ne tali renunciatione omnimodo sua defraudetur dote, quod proculdubio idcirco receptum, quoniã & publice interest mulieribus dotes suas esse saluas propter quas nubere possint *l. 1. & l. 2. ff. de iure dot. l. 1. ff. solut. matri.*

Sed vtrum hoc temperamentum etiam in iurata renunciatione locum habeat dubitatur? Equidem de iure ciuili Cæsareo dicendum erit, non valere iuratam istam renũtiationem cum ex aliis mariti bonis vxor non potest consequi dotem suam; quia alioquin iuramentum legibus & Imperialibus constitutionib. contrarium foret, cuiusmodi iuramentum non valere nec vllius esse efficaciæ, ex *l. 7. §. 16. ff. de pact. l. 112. §. fi. ff. de legat. 1. l. 5. C. de legib.* plus quam manifeste constat.

Veruntamen iure Canonico videtur aliud esse dicendum, quoniam eo iure omnia iuramenta, legibus etiam ciuilibus contraria seruari debere, quę modo conscientiam non lædãt nec in alterius vergant detrimentum aut salutis æternæ dispendium expressis Pontificum decretis & canonibus cautum est. *c. cum contingat. ext. de iuram. c. quamuis. de pact. in sext.* Sed sæpe ostendi in hac iuris ciuilis & Canonici pugna palmam offerendam esse iuri Cæsareo. Sed quid si mulier quoad vnum creditorem renunciauit, anne hæc renunciatio cæteris creditoribus proderit ipsiq; renuncianti oberit, sic vt non possit illis anteriorib pręferri, verum ab ipsis excludatur? Verbi causa Titius pecuniam credidit Sempronio, hic ipsi hypothecam omnium suorum bonorum pro isto credito, consensu vxoris constituit, atque instrumento obligationis, vxor omni suo beneficio, & in specie beneficio prælationis renunciauit; Huic igitur si maritus alia habet bona, quam huic creditori obligata, ex quibus dotem suam vxor saluam habere potest, non præferretur in re specialiter ipsi obligata. Sed num quid hac renunciatione non obstante nihilominus pręferretur cæteris mariti creditoribus, quorum intuitu non renunciauit? Et Affirmantium sententia longe videtur esse verior: Cum alias constet renunciationes esse stricti iuris & pacta conuenta aliis, quam ipsis paciscentibus, nec prodesse, nec obesse *l. 27. §. 4. ff. de pact. l. 3. ff. de transact.* Equidem Constit. Elect. Saxonic. cautum est renunciationes hypothecarũ à mulieribus etiam in iurato factas, dũmodo iudicialiter & cum authoritate curatorum peragantur æque ac iuratas indistincte sortiri effectũ suũ. Est autẽ hæc Constitutio 26. par. 2. & sic se habet: Hierinnen ist ein Vnterscheide zu machen / vnter deß Mans vnd frembder Leuthe Schulden / dann do sich ein Weib

Weib für jhren Ehemann mit Einsetzung deß so jhr zugehöret verpflichtet/so wird sie darzu im Rechten nicht verbunden/es were dann solche Schuldt gantz oder zum theil in jhren Nutz gewandt/oder sie hette dem beneficio S. Conf. Velleiani mit dem Eydt renunciret. Aber in frembder Leuthe Schulden / wann sich für dieselbige ein Weibsperson eingelassen/so wird die nach zweyen Jahren widerholete Renuntiation, vnnd ob sie sich eydlich vorziehen/bewogen. Dergleichen ist auch der persönlichen obligationen halben ein Vnterschiedt / wann sich ein Weib für jhren Ehemann oder von wegen eines frembden verpflichtet. Ob nun wol solches in gemeinen beschriebenen Rechten also verordnet/So haben dannoch vnsere Deputirte hinwider bedacht/daß in den Gerichten dieser Landart hin vnd wider solche vnd dergleichen intercessiones vnnd Renunciationes, ohne einige Eydesleistung / de consuetudine zu geschehen pflegen/vnd zugelassen werden/vnd daß demnach eine grosse Zerrüttung gar zu viel vnd fast vnzehlicher Händel erfolgen würde / da dieselbigen vor vnkräfftig geachtet werden solten/auch vns heimgestellet/vnnd vor rathsam trachtet / daß dißfals / jedoch extra res dotales & in donationem propter nuptias vel dotalitium constitutas, so sie dem Manne zubracht oder erlanget/vnd also im Verzicht eines Vnterpfandes / darauff ein Weib von wegen der Mitgifft oder sonsten Gerechtigkeit haben möchte/obgedachte Gewonheit zu bestettigen seyn solte/mit angehengter Restriction daß es nicht simpliciter oder durchauß/sondern nur in denen Fällen/ wann solche vnnd dergleichen intercessiones, authoritate Curatorum, von den Eheweibern / auch Jungfrawen vnnd Witwen so natu maiores seyn / vnnd in iudicio ergiengen vnnd fürgenommen würden / stad habe. Nachdem wir vns dann solches gnädigst gefallen lassen/so wollen wir auch berührte Gewonheit hiermit nicht allein bestettiget haben/ sondern ordnen vnd setzen auch / daß also krafft dieser vnser Constitution, in vnsern Hoffgerichten/Faculteten/ vnd Schöppenstülen darauff gesprochen vnd erkandt wirden soll.

Tacitam porro hypothecam habent *Lit.* C. pupilli in bonis sua pecunia cōparatis, cuius vi etiam prioribus antefertur, textus est apertus in *l.6. C. de seruo pign. dato. l.7. ff. qui pot. in pignor. l.3. princ. ff. de reb. eor.* Illud certum est rem pecunia pupilli à tutore emptam non ipsi emptori, hoc est, tutori, sed pupillo, cuius pecunia comparata fuit, acquiri; textus pro hac sententia videtur esse in *l. 2. ff. quando ex fact. tutor.* Ibi Alexander Imperatori: Etsi tutores tui, cum pecuniam pupillarem crederent, ipsi stipulati sunt, vtilis actio tibi dabitur.

2. Idem *l.3. Cod. arbitr. tut.* traditur, quo in loco, *Si curator*, inquit Antoninus, *post decretum præsidis sublata pecunia, quæ ad comparationem possessionis fuerat deposita sibi prædium comparauit, elige vtrum malis in emptione negotium tibi gessisse, an quia in vsus suos pecunia conuersa sint legitimas vsuras ab eo accipere.*

3. Hoc singulare est in pupillo: Nam alias regulariter res pecunia alterius empta emptori acquiritur, non vero ei, cuius pecunia fuit comparata. *l. si ex ea. Cod. de rei vindicat. l.1. Cod. si quis alteri vel sibi.*

Receptum vero est in pupillo, partim fauore eius, partim vero odio tutoris & rei gestæ, quia tutor non debuit pecuniam pupilli in vsus suos conuertere contra fidem administrationis, alioquin si solius pupilli fauore hoc introductum esset, consequens foret, quod quicunque tandem pecunia pupilli rem emisset, ea pupillo acquireretur, quod tamen secus est.

4. Idem denique comprobat textus in *l.52.in verbis: Plane si ex re pupilli nomina fecit, vel pecuniam in area deposuit datur ei vindicatio nummorum & aduersus debitores vtilis actio.ff.de peculio.*

Verum Ant.Faber *lib.5.coniect.9*, contrariam tuetur sententiam statuēs quoad propositum nihil speciale in pupillo esse receptum, sed in eo ius commune obtinere; cum nullus omnino sit textus iuris, ex quo talis exceptio à regula possit colligi: In textibus sane illis, qui modo adducti sunt, priuilegium istud pupilli nequaquam stabilitur.

Nam in *l.3.Cod.arbitr.tutel.* ait, rescriptum istud specialem habere rationem, quia in ea specie decreto præsidis deposita esset pecunia ad rem comparandam nomine minoris, quam tamen curator mala fide suo nomine comparauerat: Inde fieri ait, vt electio minori detur, vtrum pecuniam suam cum legitimis vsuris recipere, an vero negotium sibi à curatore in emptione gestum fuisse malit inspecto videlicet eo, quod curator gerere debuit potius, quam quod mala fide & contra decretum prætoris gessit.

Ad *l.52.versic plane. ff.de pecul.* respondetur, illic pupillo dari vindicationem nummorum, quos tutor crediderat, aut si consumpti sunt, condictionem, quia eos tutor non suo, sed pupilli nomine crediderat, & quamuis suo nomine credidisset, sibi tamen actionem quærere non potuisse, cum seruus esse ex facto proponeretur.

Ad *l. 2. quando ex facto tutor.* respondendum est, illic ex stipulatione tutoris, vtilem acquiri actionem, quia pecuniam pupilli tutor non suo, sed pupilli nomine crediderat, eamque reddi pupillo stipulatus erat, eandemque stipulationem in rem pupilli interposuerat, vide Gothofred.*in Not.ibid.*

Ad rationem Donelli tertio loco adductam responsio ex hactenus dictis paret: Nam petit principium, dum præsupponit, quod iure singulari hoc in persona pupilli, partim fauore eius, partim odio tutoris sit receptum vt à tutore res, pecunia pupilli empta, ipsi pupillo acquiratur.

Pupillis porro in bonis tutorum suorum tacitam esse hypothecam constitutam, patet ex *l. 20. C.de administrat. tutor.* vbi Imperator Constantinus ita rescribit: Pro officio administrationis tutoris vel curatoris bona, si debitores extent, tanquam pignoris titulo obligata, minores sibimet vindicare minime prohibentur. Idem est et si tutor vel curator quis constitutus, res minorum non administrauerit.

Insuper pupillos præter tacitam hypothecam, quam in bonis suorum tutorum habent priuilegio prælationis gaudere sic vt aliis creditoribus præferantur manifeste cōprobat *l. vlt. ff. de tut. & rat. distr.* vbi dicitur: *Non solum tutelæ priuilegium datur in bonis tutoris, sed etiam eius qui pro tutela negotium gessit, &c.*

Sed vtrumne vi huius priuilegii præferantur pupilli personalibus solum, an vero etiam hypothecariis creditoribus, non ita expeditum esse videtur: Sunt enim qui statuant quod duntaxat personalibus, & non etiam hypothecariis creditoribus præponantur: Aliis vero placet quod tam hypothecariis, quā personalibus creditoribus præferri debeant.

Et quidem prior opinio, quod nempe pupilli in bonis suorum tutorum nō habeant tacitam hypothecā, sed priuilegio duntaxat personali gaudeant, & sic solū personalib. præferantur non etiā hypothecariis creditorib, exinde cōfirmatur. Quod hypotheca tacita nemini competit nisi illi, cui à lege expressim fuit data: est enim legalis hæc hypotheca vnde ad eius constitutionem lex expressa requiritur, iam vero nusquam legitur in iure tacita hypotheca pupillis in bonis tutorum.

torum tributa. Quocirca non possunt eam sibi arrogare. Sed huic opinioni, quam Accurs. fouit non parum aduersari videtur *l. 20. C. de administr tut.* ybi expresse traditur bona tutorum pignoris titulo pupillis pro administratione esse obligata. Quod autem tacita ista hypotheca cum iure prelationis sit coniuncta euincit *l. vlt. ff. de tut. & rat. distr.* vbi priuilegii tutelæ ꝙ pupillus in bonis tutoris habet, mentionē facit Hermogenianus.

2. Idem quoque relucet ex *l. vnic. C. rem alien. gerent.* vbi Imperatores rescribunt: *Non est interdictum tutoribus vel curatoribus, & si ex eo titulo iudicati debitores sunt constituti, cum sua causa res suas alienare: Potuit ergo curator tuus fundum suum cū suo onere obligare fisco nostro: Nam & priuato potuisses*: Ecce hic Imperatores dicunt tutores posse res suas cum sua causa alienare; item cum suo onere obligare: At quid aliud est cum sua causa alienare, cū suo onere obligare, quam transferre vel obligare cum hypotheca, quæ in rebus tutorum pupillis erat à lege constituta.

3. Accedit his etiam textus in *leg. final. ff. in quib. caus. pign. vel hypothec.* cuius verba ita habent: *Tutoris hæres cum hærede pupilli, transactione facta, cum ex ea maiorē partem soluisset, in residuam quantitatem pignus obligauit, quæsitum est, an in veterē contractum iure res obligata esset. Respondit secundum ea, quæ proponerentur, obligatum esse.* Hinc colligit Vanderanus quod res tutoris fuerint pupillo tacitæ obligatæ; ideo quia illic quæstio proposita fuit, an res nunc in causam transactionis pacto conuento obligata, in veterem causam siue pro eo, quod actione tutelæ peti poterat, maneat obligata iure, id est, tacite & obligatione quadam legali, quemadmodum prius ea ipsa res, cum omnibus tutoris bonis, nunc ad hæredē trāslatis obligata fuit: & ad hanc quæstionem respondit Scæuola obligatum esse.

Neque huic interpretationi quicquam refragatur quod cum per transactionem principale debitum, ex administratione tutelæ contractum, extinctum sit, tacita quoque hypotheca, quæ illi, tanquam accessorium, accesserat, consumpta sit. Maxime cum hæc res expresse pignori data eidem creditori, in aliam causam nempe transactionis, à tacita eaque generali obligatione liberata esse videatur.

Etenim, ratione hac non obstante, respondet Scæuola, taciti pignoris obligationem adhuc durare. Transactio siquidem non tollit actiones ipso iure *l. cum proponas. C. de pact. l. siue apud acta. Cod. de transact.* verum exceptione agente submouet, nisi Aquiliana stipulatione sit facta. Ex hisce igitur fundamentis satis luculenter probari puto, quod pupillus in rebus tutoris sui tacitam habeat hypothecam.

Id quod etiam verissimum esse arbitror. Neque negatur à Wesenbecio, quem hic dissentientē allegauit Treutl. Verum, id, quod in dubium reuocat Wesenbecius, quod scilicet ratione huius tacitæ hypothecæ pupillus præferatur in bonis tutoris cæteris creditoribus anteriorem expressam hypothecam habentibus, id, inquam, ex adductis legibus nullo modo colligi aut deduci potest. Quocirca sic cum Wesenbecio statuendum esse arbitror: In bonis tutoris generalem tacitam hypothecam habere pupillum pro administratione tutelæ; Habere item prælationis priuilegium, non quidem contra creditores tutoris, expressam hypothecam habentes; sed contra creditores tacitam saltem habētes hypothecam. Nam vt illis, qui anteriorem expressam hypothecam habent, præferatur pupillus, nullo iure ipsi tributum fuit.

Cæterum hoc priuilegium esse personale, cū persona pupilli extingui, nec ad

HHHhh 2 hære-

hæredes eius transire; plus quam manifestum est ex *l. 19. §. 1. ff. de rebus auctorit. iudicum possid.* vbi dicitur: *Si quis, cum tutor non esset, pro tutore negotia gessit, priuilegio locum esse, manifestum est: Nec interest, ipse debeat, qui gessit, siue hæres eius cæterique successores: Ipse autem pupillus priuilegium, sed eius successores non habent.*

Idem quoque probat textus in *l. 43. in princ. ff. de administrat. tuto.* in quo dicitur; Cum post mortem pupilli desinat esse nomen idoneum, tutorem periculo eximi.

Et ratio eius etiam obscura non est: Quod enim priuilegium hoc sit personale, soli personæ pupilli tributum, negari non potest: Personalia autem priuilegia cum persona extinguuntur, nec in hæredes transeunt.

Sed quid si pupillus pubes factus reliquit filium suum hæredem, in quem non tam transfertur, quam continuatur dominium *l. in suis. 11. ff. de libe. & posthum. hered.* anne vel in ipsum, tanquam suum hæredem deriuatur hoc priuilegium vt contra tutores patris sui agens insistat hypothecæ & aliis præferatur creditoribus? Affirmandum hoc videbatur per textum in *Lassiduu. §. exceptis. C. qui pot. in pign.* vbi priuilegium prælationis, mulieri tributum, ad liberos ipsius transire dicitur. Cum tamen istud priuilegium nō minus sit personale atque priuilegium hoc, de quo in præsentiarum differimus.

Sed contraria sententia verior est, quicquid etiam Accursius in contrariū adferat, primo enim textus *dict. l. 19. §. 1. ff. de rebus auctorit. iud. possid.* generalis est ac negat indistincte, *successoribus prodesse pupilli priuilegium.* Appellatione autem successorum vtique & sui hæredes veniunt.

2. Deinceps priuilegium hoc, pupillo indultum, est omnino personale; personalia autem priuilegia nec ad suos deriuantur hæredes *l. priuilegia. ff. de regulis iuris.* Et postquam pupillus est mortuus bona eius sunt eiusdem conditionis, cuius & aliorum bona, *dicta l. 43. princip.*

Non obstat argumentum ex *d. l. assiduis. § exceptis.* petitum. Respondit enim Zasius, quod illic proponitur, speciale esse in dote, vt nempe etiam ad posteritatem descendat, maxime ad filios, qui ex dote matris aluntur. Ad consequentias igitur porrigi hoc non debere.

Sed rectius respondetur quod in *dict. §. exceptis.* priuilegium prælationis non tribuatur mulieris liberis, sed tacita solum hypotheca, ratione cuius liberi primæ coniugis, secundæ vxori, hoc est, nouercæ suæ præferantur in bonis patris, vtpote priorem hypothecam habentes, prout hoc plenius & luculentius supra fuit demonstratum. Ad eos porro, qui hypothecam vna cum priuilegio habent, recte referuntur etiam illi, qui, ad restitutionem ædificii pecuniam crediderunt: Hic quippe in isto ædificio competit tacita hypotheca. Id quod asserit Iurisconsultus Papinianus in *leg. 1. ff. in quibus caus. pign. vel hypothec. tacit. contrah. Senatusconsulto*, inquiens, *quod sub Marco Imperatore factum est, pignus insulæ creditori datum, qui pecuniam ob restitutionem ædificii extruendi mutuam dedit, ad eum quoque pertinebit, qui redemptori, domino mandante, nummos ministrauit.* Quod procul dubio boni publici causa, constitutum est: Siquidem in ædificiis tuendis & collapsis restituendis publica versatur vtilitas, cum agatur in eo dignitas vrbis & ornamentum, vti ædificia integra sint & bene composita, non cassa & ruinosa, *l. 2. Cod. de ædif. priuat.* Lit. K.

Et hoc quidem Iacobus Cuiacius admittit in eo, qui ad ædificii collapsi restitutionem ac restaurationem credidit:

credidit: De eo autem, qui ad refectionem duntaxat ædium ruinosarum mutuum dedit, id negat ac pernegat: Mouetur autem Cuiacius hac ratione quod hoc priuilegium tacitæ hypothecæ nemini competat, nisi cui lege datur; legale siquidem hoc tacitum pignus esse atque lege constitui supra fuit ostensum, & extra controuersiam est positum: Nulla autem lege reperitur constitutum, vt in causam refectionis ædium pecuniam credens tacitam debeat habere hypothecam in istis ædibus: Tacitum proinde pignus ei tribui non debet. Et sane allegata *l.1. ff. in quib. caus. pign. tacit. contrahitur.* non loquitur de refectione ædium ruinam minitantium, sed de refectione ædium iam collapsarum; extra terminos proinde suos porrigi & extendi non debet; maxime cum hic, ipso Authore nostro fatente, de singulari & exorbitante sit quæstio & sermo, quod ad consequentiam trahi non debet.

Et quanquam prætendatur rationem supra allegatam, & in bono ac decore publico fundatam, æque locum sibi vendicare in mutuante ad refectionẽ, atque in mutuante ad restitutionem ædium; sciendum tamen est, quod ius singulare & exorbitans ne quidem ex paritate rationis ad consequentiam produci debeat, *l.14. ff. de legib. l. quod contra. ff. de reg. iur. §. sed & quod princip. I. de iure Nat. gent. & ciuil.* Quin etiam diuersam esse quoad præsens negocium; restitutionis & refectionis rationem, contendit Cuiacius, quia plus multo sit restituere, quam saltem reficere, & ideo maior debeat esse fauor ad restitutionem, quam ad refectionem ædium pecuniam credentis, ac proinde priuilegium illi tributum non debeat huic applicari. Et huic Cuiacii sententiæ haut inuitus subscribo eidemque inhærebo, vsque dum textus expressus productus fuerit, quo ad refectionem credenti, tacita tribuatur in ædib. hypotheca: priuilegia quippe non nudis rationibus inducuntur, sed expressis Impp. sanctionib. tribuuntur, *d. §. sed & quod princ. I. de iur. nat. gent. & ciu. l. 1. ff. de constit. princip.*

Illud præterea quæstionis est, anne is qui ad refectionem nauis vel alterius rei pecuniam credidit, habeat in re & naui ista tacitam hypothecam? Plerique accursium secuti, hoc affirmant, *seqq. rationib. adducti: 1. In l. 5. ff. qui pot. in pign.* Vlp. ICtus ita in hæc verba scribit: *Posterior potior est priori, vtputa, si in rem istam conseruandam impensum est, quod sequens credidit, veluti si nauis fuerit obligata, & ad armandam eam rem vel reficiendam ego credidero.*

Cuius rationem subiicit Vlpianus *in seq. l. 6. Huius*, inquiens, *pecunia, saluam fecit totius pignoris causam, quod poterit aliquis admittere, etiamsi in cibaria nautarum fuerit creditum, sine quibus nauis salua peruenire non poterat.*

2. Adstipulari huic videtur Paulus *in l. 26. ff. de reb. auctor. iud. possid.* vbi ait; *Qui in nauim instruendam vel extruendam credidit, vel etiam emendam, priuilegium habet.*

Subscribit his & Marcellus *in l. 34. eod. tit.* in hæc verba scribens: *Quod quis nauis fabricandæ, vel emendæ, vel armandæ, vel instruendæ causa, vel quoquo modo crediderit, vel ob nauim venditam petat, habet priuilegium post fiscum.*

Id quod amplius confirmat Iustin. *in Nouell. 97. §. 3.* quando ita scribit: *Est consequens est & illud decernere, quod in casibus eiusmodi dubitatum est: Nouimus antiquioribus creditoribus aliquas hypothecas praponere Iuniores existentes & priuilegiis à legibus datis, quale est, quando aliquis propriis pecuniis procurauerit nauim comparare, aut fabricare, aut reparare, aut domum forsan ædificare, aut etiam emi agrum, aut aliquid*

 borum:

horum: In his enim priores existunt posteriores creditores, quorum pecunia empta aut renouata res est iis, qui etiam multo antiquiores sunt. Hinc colligi putant, quod is, qui ad nauim vel quascunque res alias reficiendas, restaurandas aut conficiendas pecuniam credidit, tacitum habeat in rebus istis hypothecam, non minus atque ille, qui ad domum extruendam pecuniam credidit.

5. His fundamentis accedit etiam ratio iuris manifesta: Etenim duplex ratio, ob quam in domo tacita hypotheca illi, qui pecuniam credidit ad extructionem eius, constituitur, adduci potest: vna est, quod creditoris pecunia domus salua sit debitori *lib. 6. ff. qui pot. in pign.* Quæ ratio generalis est, nec solum in domo, sed quibuscunque etiam in rebus locum habere potest. Altera ratio hæc est, quod vtilitas publica suadeat, domos collapsas restitui, ruinosas refici ne alias ruinis ædium ciuitatis aspectus deformetur: Atqui nauim quoque refici ædium interest Reipubl. ne commercia & negociationes Reip. non modo vtilia, sed summopere etiam necessaria, impediantur.

Cæterum his fundamentis non moueor, quo minus cum Hugone Donello, Francisco Connano, Petro Vanderano, Francisco Hotom. & nostro Treutlero in contrariam discedam sententiam atque statuam, eum, qui ad nauim vel alias res reficiendas, aut etiam restituendas & extruendas credidit, tacitam hypothecam in istis rebus sibi vindicare non posse; id quod sequentibus fundamentis stabilitur & confirmatur.

1. Fisco præferuntur omnes creditores hypothecarii, expressam vel tacitam anteriorem hypothecam habentes, atqui is qui ad restitutionem aut refectionem nauis credidit, non præfertur fisco *l. 34. Digest. de reb. auctor. iud. possid.*

2. Qui in rem emendam credidit confertur cum illis, qui ad instructionem & refectionem rei crediderunt, iisdemque exequatur *in l. 26. Digest. eod. tit Digest. de reb. auctor. iud. possid.* At vero hi non habent tacitam hypothecam *L. 17. C. de pignor.* Igitur nec tacita hypotheca tribui potest ad reparationem & extructionem nauis, aliarumque rerum pecuniam credentibus.

3. His accedit, quod, si omnes qui in quascunque res reficiendas crediderunt, tacitam haberent hypothecam, non fuisset SCtum nominatim & specialiter de illis conceptum, qui ad ædium extructionem crediderunt *in L. 1. ff. in quib. caus. tac. pign. contrah.* sed in genere tacita hypotheca tributa fuisset quibusuis ad res quasuis parandas mutuam pecuniam dantibus.

4. Priuilegia insuper non inducuntur per iuris rationem, sed Imperatorum ac principum constitutionibus tribuuntur. *§. Sed & quod principi. I. de Iur. Nat. Gent. & Ciuil.*

Atqui nullus potest produci textus, nulla Principis constitutio, qua huiusmodi priuilegium tacitæ hypothecæ tribuatur his, qui ad refectionem & extructionem nauis crediderunt. Quod enim ad textus supra pro hac sententia allegatos attinet, non loquuntur illi de tacita hypotheca, sed de priuilegio prælationis, quod ab illa diuersissimum esse quiuis facile agnoscit.

5 Postremo cum illi, qui ad domum reficiendam pecuniam mutuam dedit, non competat in ista domo tacita hypotheca, multo minus illis tribuenda erit, qui ad nauis aut alterius alicuius rei refectionem credidit,

Nec ad rem quicquam faciunt ea, quæ pro priori & communi sententia fuerunt adducta. Nam in allegatione *l. 5. Digest. qui potior. in pign. vt & l. 26. & 34. Digest. de reb. auctor. iud. possid. Nouella 97. c. 3.*

com-

committitur fallacia plurium quæstionum: non enim hoc volunt, quod qui ad nauis vel alterius alicuius rei refectionem crediderunt, habeant tacitam, sed quod habeant priuilegium prælationis, cuius beneficio anterioribus creditoribus præferantur, quando expressa conuentione hypothecam sibi constitutam habent.

Et huc etiam pertinet ratio *in d. l. 6.* allegata, quæ non eo spectat, quod tacitam hypothecam habere debeant ad rei extructionem aut refectionem credentes, sed quod, si expressam habuerunt hypothecam, cæteris anteriorem hypothecam habentibus sint præferendi.

Quod autem ad alteram rationem, posteriori loco allegatam attinet, hoc sciendum & in memoriam reuocandum est, quod paulo ante monuimus singulare (quale est illud, quo tacita hypotheca constituitur in domo illi, qui ad extructionem domus credidit) ne quidem ex rationis paritate, siue identitate ad consequentiam produci, *l. 1. Digest. de constit. princip. l. 1. Digest. de legib. & l. quod contra Digest. de reg. iur.*

Quæ. 55. *An in mercibus venditis & traditis tacitam habeat hypothecam venditor?*

De venditore vtrum in mercibus venditis ac traditis, si adhuc extent ius prælationis & tacitam habeat hypothecam, quæritur? Verbi caus. Titius emit merces quasdam à Sempronio, sed pecuniam non soluit, emptione perfecta & traditione mercium ipsi facta, aufugit Titius emptor, vel bonis cessit; concursus fit creditorum, quisque in bonis atque sic etiam in præfatis mercibus potior esse cupit; quæritur anne venditor mercium, penes emptorem adhuc extantium, cæteris creditoribus anteferri debeat?

Et ait Andreas Gailius communi DD. sententia conclusum esse, venditorem in proposito casu præferendum non esse.

1. Quia venditione perfecta & traditione facta desinit dominus esse venditor, postquam de precio fidem habuit emptori. *§. vendita l. de Rer. diuis.* & emptor dominus esse incipit *l. 20. C. de pact. §. per traditionem l. d. tit.* vnde rem venditam amplius vindicare non posset venditor *l. Inciuile. C. de Rei vind. l. 23. pr. Digest. eod. tit.* Sed succedit regula ista iuris quod qui prior est tempore, potior est iure *l. potior. ff. qui pot. in pign.*

2. Quia, etsi venditor rem venditam nondum traditam retinere possit, donec soluetur *l. Iulianus. §. offerri. ff. de act. empt. l. hereditatis vendita. ff. de heredit. vel act. vendit.* postquam tamen tradidit fidemque de precio habuit repetitioni vel vindicationi, locus non est.

3. Quia *in l. 5. 18. ff. de tribut. act.* ICtus Vlpianus circa quæstionem istam, anne merces apud emptorem extantes vindicari possint? expresse distinguit vtrum fides sit habita, an vero non, vt priori casu vindicationi mercium sit locus; posteriori vero casu sit locus vindicationi.

Quocirca, quod supra dictum, non posse rem venditam & traditam vindicari à venditore, & sequenter venditorem cæteris creditoribus non esse potiorem, id fallit quando venditor emptori de precio fidem nõ habuit: Hoc quippe casu rei venditæ & traditæ dominium non transit ad emptorem *d. §. vendita. l. de Rer. diuis. l. inciuile. C. d. Rei vindicat.* Vnde merito venditor eam vindicare poterit, & per consequens omnibus aliis creditoribus præferri debet *l. ventri. §. in bonis. ff. de priuileg. credit.*

Sed quando venditor dicatur de precio fidem emptori habuisse quæritur?

Equidem Glossa *in l. quod vendidi. ff. de contrah. empt. & in §. vendita l. de rer. diuis.* quam Dd. communiter sequuntur, statuunt tunc censeri fidem emptori à venditore habitam, quando venditor rem emptori tradit simpliciter nec quicquam dicit vel excipit.

Verum-

ratione maioris & minoris extensionem admittunt.

Ad *d.l.Assiduis versic. exceptis.* respondetur ab Antonio Fabro: ibi non hoc priuilegium tribui liberis mulieris, vt præferatur omnibus creditoribus antiquiorem hypothecam habentibus, cum secunda vxor, cui liberi primæ vxoris ibidem præferendi dicuntur, non priorem, sed posteriorem habeat hypothecam, sed hoc solum quod mulier secunda, licet in dotis repetitione cæteris omnibus anterioribus creditoribus, non tamē præferatur liberis prioris matrimonii, maternam dotē repetentibus: Ex ea ratione quod duabus dotibus ab eadem substantia debitis, ex tempore prærogatiua manere debeat, quorum verborum hunc sensum esse Antonius Faber ait; Non debere priuilegiatam mulierem vti priuilegio contra priorem mulierē æque priuilegiatam aut eius liberos. Vt ita Iustin. liberis primæ vxoris non conferet ius prælationis, cuius beneficio præferantur omnibus omnino creditoribus etiam anterioribus; sed ius tacitæ solum hypothecæ, cuius intuitu præferantur secundæ vxori sui patris, posteriorē hypothecam habenti, iuxta illam regulam, *qui prior est tempore potior est iure l. 2. & 4. C. qui pot. in pign.* Id quod & ratio ista, à Iustiniano adducta, satis aperte edocet; idcirco enim prærogatiuam prioris vxoris liberis tribui ait; quia duabus dotibus ab eadem substantia debitis ex tempore prærogatiuam manere velit: prærogatiua autem temporis est illa, qua creditores, tempore priores, præferuntur posterioribus. Idem plane ad *d. Nouell 91.* respondendum est. Nam ex textu plus quam manifeste relucet ꝙ liberis prioris matrimonii contra secundam patris sui vxorem, h.e. nouercam suam ius solum tacitæ hypothecæ temporisq; prærogatiua tribuatur vt antiquiorem hypothecam matris suæ habentes, excludant nouercam, vtpote hypothecam posteriorem habentem.

At nunquid etiam cum aliis creditoribus anterioribus concurrentes liberi eos excludent? nusquam hoc eis tributum legitur ac proinde & hic iuri communi eiusdemque regulis subiacebunt.

Et hæc in vero ac proprio matrimonio proculdubio obtinent: Quid vero de putatiuo matrimonio dicendum? an ne etiam in illo mulier præfato priuilegio gaudebit? Putatiuum matrimonium dicitur illud quod illegitimum quidem, sed bona tamen fide contractum est vt si cum seruo, vel in gradibus prohibitis aliqua contraheret matrimonium dotemque marito suo putatiuo inferret; Et hoc casu contra Bart. cum Vdalrico Zasio & Antonio Negusantio dicendum videtur, quod etiam in putatiuo matrimonio hoc eodem beneficio vxor gaudeat. Quæst. 50. *An beneficia mulierum locum habeant in putatiua dote?*

Et pro hac sententia bonus est textus *in l. 22. §. vltim. ff. solut. matrimon.* cuius hæc sunt verba: *Si mulier in conditione mariti errauerit putaueritque esse liberum, cum seruus esset; concedi oportet quasi priuilegium in bonis viri mulieri videlicet vt si sint & alii creditores hæc præferatur, &c.*

E quibus verbis relucet quod matrimonium putatiuum bona fide contractum habeat omnia priuilegia veri matrimonii & ideo etiam doti putatiuæ tacitæ competat hypotheca cum priuilegio prælationis.

Accedit deinceps huic fundamento & ista ratio, quod in putatiua dote eadem sit ratio quæ in vera dote. Ideo enim veræ doti præfata priuilegia tribuuntur, quo ea sit mulieri salua & ipsa denuo nubere possit *l. 1. & l. 2. ff. de iure dot. l. 1. ff. solut. matrimon.* At vero hanc rationem in dote putatiua æque militare, plus quam est manifestum.

Insuper constat dotem putatiuam, siue impropriam iure antiquo habuisse

priui-

priuilegia ita vt fuerit præferenda omnibus actionibus personalibus *l. dabimus ff. de priuileg. cred.* est alias *l. 19. ff. de reb. auctor. iud. possid.* Igitur hoc idem priuilegium est etiam ad actiones reales extendendum. Sic enim Iustinianus quoque argumentatur *in d. l. Assiduis. C. qui pot. in pign.* veteribus legibus fuisse constitutum vt mulieres in suis dotibus repetendis præferantur omnibus crediroribus habentibus actiones personales, ideo se velle extensionem facere actionum personalium ad reales actiones.

Necobstat huic quod dos non posset esse sine matrimonio, nec dos valeat, vbi matrimonium non subsistit *l final. C. de donat. ante nupt.*

Nam etsi in casu proposito, quo scilicet putatiuum contractum est matrimonium, vera dos locum non habeat, est tamen dos putatiua; quale est ipsum matrimonium quam putatiuam dotem eadem habere priuileg a, quibus dos vera est insignita, modo ostendimus. Et ita concludunt Neguzant. & Zasius, *dd. locis.*

Rursus huic sententiæ non refragatur quod vera dos iustis ex causis sit priuilegiata eo quod maritus corpore, substantia & bonis vxoris vtatur *l. Assiduis. pr. & § 1. vers. quis earum non misereatur. C. qui pot. in pign.* Istæ vero causæ non habent locum in dote putatiua, quando non est secutum matrimonium.

Etenim omnes istas rationes, ob quas priuilegium prælationis mulieribus est tributum *in d. l. Assiduis.* etiam in vxore putatiua locum habere, non existimo negari posse. Quis enim non videt quod in matrimonio etiam putatiuo maritus vxoris putatiuæ & corpore & substantia & bonis vtitur æque atque in matrimonio vero. Quis etiam negabit eadem obsequia vxorem marito præstare, quæ vera vxor vero præstet marito? Insuper perspicuum est, quod periculum partus procreatio item liberorum in putatiua vxore non minus locum habeat, atque in vxore vera. At hæ sunt causæ propter quas mulieribus tacitæ hypothecæ & prælationis priuilegium tributum voluit Iustin. prout ex *d. l. Assiduis.* relucet. Nec mouet quod matrimonium verum & legitimum non sit secutum; Nam sufficit quod secutum sit putatiuum matrimonium, hoc est, matrimonium illegitimum, sed bona fide contractum *arg. d. l. 22. §. final. ff. solut. matrimon.*

Sic etiam non refragatur quod porro obiicit Zasius, tempore Digestorum ac veteri iure, dotem veram vt & putatiuam habuisse tantum priuilegium inter personales creditores. Hoc autem quoad veram duntaxat dotem cum sit mutatum *in d. l. Assiduis. C. qui pot. in pign.* idcirco in putatiua adhuc vetus ius obtinere, ita vt priuilegium habeat duntaxat inter personales creditores. Hoc inquam non obstat: Tum quia *d. l. Assiduis.* est generalis nec præcise atque in specie de vera loquitur dote, sed in genere de dote; Nec tantum de vero loquitur marito & vera vxore, sed de marito & vxore in genere.

Tum quia, etsi specialis esset constitutio Iustiniani, atque de dote solum propria ageret, tamen ob fauorem doris extensio eius facienda esset ad dotem putatiuam cum priuilegia principum amplissimam recipiant interpretationem *l. penult. ff. de constitut. principum.* & ratio insuper eius constitutionis generalis sit; vt taceam quod & priuilegii personalis extensio olim à dote vera ad dotem putatiuam facta fuerit.

Quæst. 51. *An sponsa habeat priuilegium tacitæ hypothecæ & prælationis?*

De sponsa ecquidnam dicendum? Num & illa gaudebit priuilegiis hypothecæ tacitæ atque prælationis? verb. causa: Mulier quædam Valeria sponsalia contraxerit cum Flacco & dederat ei dotem, si forte matrimonium consumaretur.

Iste sponsus remisit nuncium sponsæ id est negauit se matrimonium cum ea contrahere velle, vel sponsa renunciauit matrimonio; Bona mariti venduntur, instant creditores, qui volunt præferri: Venit etiam sponsa Valeria, contendens se etiam habere priuilegium ante omnes creditores ad dotem condicendam, id est petendam actione personali, quærebatur vtrum sponsi creditoribus præferri debeat sponsa?

Et quidem de hac quæstione sunt diuersæ ac discrepantes Doctorum sententiæ: pro negatiua pugnant Antonius Neguzant. *in tractat. de pignorib. part. 2. membr. 4. n. 104.* Bartol. *in l. secund. ff. de priuileg. creditor.* Vanderanus *in tract. de priuileg. credit. c. 4. num. 4. & sequent.* Zasius *ad l. quæsitum § 1. ff. de priuileg. credit.*

1. Quia certum est quod ante matrimonium contractum verbis de præsenti non est dos *l. final. C. de donat. ant. nupt.* Ergo nec possunt ante matrimonium competere priuilegia dotis. Nam non entis nullæ sunt qualitates, nullæ considerationes.

2. Quia *in l. si sponsa. ff. de iure dot.* ICtus Hermogenianus, *si sponsa*, inquit, *dederit, nec nupserit, vel minor duodecim annis vt vxor habeatur, exemplo dotis conductionis fauoris ratione, priuilegium, quod inter personales actiones vertitur tribui placet.*

Vnde colligitur, quod, cum nominatim atque expresse sponsa præferatur creditoribus personalibus, non præferatur creditoribus hypothecariis; quod enim opus fuisset nominatim atque specialiter mentionem fieri personalium creditorum, si sponsa æque hypothecariis præferretur?

3. Facit huc etiam quod *in d. l. Assiduis. C. qui pot. in pign.* priuilegium prælationis expresse tribuitur vxori in bonis mariti: Atqui verba iurium exorbitantium stricte accipi, nec à persona, de qua nominatim sunt concepta, ad aliam personam extendi & porrigi debeat *l. quod vero. ff. de legib. l. quod contra. ff. de Reg. Iur. §. sed & quod principi. I. de iure Nat. Gent. & Ciuil.* Nam quod dicitur *in d. l. penult. ff. de constitut. principum.* beneficia principum plenissimam recipere interpretationem hoc ita accipiendum est, quod nempe in eadem persona, vel eadem causa, cui nominatim beneficia ista principalia sunt indulta, extendi debeant; Non etiam quod extra istam personam vel causam ad aliam personam vel causam illorum extensio fieri possit.

Pro contraria sententia hæc produci potest ratio.

Illis mulieribus tribuit Imperator, iura hypothecarum tacitarum ac beneficium prælationis, quæ prius in personalibus actionibus habebant prærogatiuam, cæterisque præferebantur creditoribus. *pr. & §. 1. versic. cum enim l. Assiduis.* Iam vero sponsa in personalibus actionibus olim gaudebat prærogatiua textus est apertus *in l. quæsitum. 2. ff. de priuileg. credit.* est alias *l. 17. ff. de reb. auctor. iudic. possidend.* Nam ibi Vlpianus hoc modo scribit: *Si sponsa dedit dotem & nuptiis renunciatum est; tametsi ipsa dotem condicit, tamen æquum est, hanc ad priuilegium admitti, licet nullum matrimonium contractum est: Idem puto dicendum etiamsi minor duodecim annis in domum quasi vxor deducta sit, licet nondum vxor sit.* Idem traditur *in l. 74. ff. de iure dotium*, his verbis: *Si sponsa dotem dederit, nec nupserit, vel minor duodecim annis vt vxor habeatur, exemplo dotis condictionis, fauoris ratione priuilegium quod inter personales actiones vertitur, tribui placuit.*

Ego in hac Doctorum discrepantia arbitror illorum sententiam esse verissimam, qui distinguunt inter sponsam de præsenti, & sponsum de futuro; vt illa quidem præfatis gaudeat priuilegiis: Hæc vero non item.

Et

Et quod ſponſa de præſenti habeat priuilegia dotis, hac ratione confirmatur, quod ea pro vera habeatur coniuge ſicut & ſponſalia de præſenti verum cenſentur eſſe matrimonium; iſta quidem vt ſponſa de præſenti non modo in fauorabilibus, ſed etiam in odioſis habeatur loco vxoris Matth. Weſenbec. *in parat. Dig. de ſponſal. b. n. 7.* & Schutff. *conſ. 9. cent. 3.* Quicquid igitur vxori ratione dotis priuilegii aut beneficii tribuitur in *dict. l. aſsiduis.* Idem quoque ſponſæ huic de præſenti tributum eſſe cenſeri debet.

Nec obſtat huic aſſertioni quod ante matrimonium non poſſit eſſe dos *l. fin. C. de donat. ante nupt.* Nam id verum eſt; ſed hic vtrique matrimonium interueniſſe dicendum eſt; Cum ſponſalia de præſenti à vero matrimonio ſubſtantialibus non differant, prout alibi demonſtratum eſt: Deinde obſeruandum quod etſi ante matrimonium non quidem vera & propria dos ſit: tamen dos putatiua: Hinc perſonalia priuilegia etiam ante matrimonium, fauore dotis, mulieri competere aſſeruit Iuriſconſultus in *dict. l. quaſitum. 2. ff. de priuileg. credit.*

Non obſtat quod in ſponſa de præſenti deficiant rationes propter quas vxori conceſſum eſt prælationis priuilegium. Cum ſponſus nondum ipſius fruatur corpore, nondum ſubſtantia aut bonis eius vtuntur: Nam ad hoc reſpondetur *d. l. aſsiduis.* varias eſſe cauſas, præcipue autem illatum, quæ in fauore dotis conſiſtit, in ſponſa quoq; de præſenti locum habere. Proponimus enim ac præſupponimus, in caſu noſtro, dotem ſponſo iam tum numeratam fuiſſe eaque etiam ſponſum aliquandiu eſſe vſum, vt reuera dici poſſit ſubſtantia & bonis ſuæ ſponſæ vſus, hanc vero dotem à ſpõſa repeti, quo, ſponſalibus hiſce de præſenti diremptis, alii denuo nubere poſſit. Nec eſt quod quis hoc loco obiiciat hac ipſa de cauſa ſponſam quoque de futuro à priuilegiis dotalibus non excludendam fore, cum & eius dote ſponſus fuerit vſus, & ipſa de dote, quo eam ſaluam habeat ac denuo poſſit nubere, reſtituenda agat. Nam ad priuilegium obtinendum non ſatis eſt rationem conceſſi priuilegii in aliquo obtinere, ſed requiritur etiam vt verbis priuilegii comprehendatur: Iam vero *dict. l. aſsiduis.* aperte loquitur de vxore, deque marito, cuius in bonis hoc priuilegium vxori eiuſdemque liberis concedit; Vxoris autem appellatione conſtat ſponſam de præſenti; non etiam ſponſam de futuro comprehendi; ſic & nomine mariti ſponſum de præſenti, non ſponſum de futuro contineri. Quapropter ſponſa de præſenti gaudebit ex *dict. l. aſsiduis.* dotalibus priuilegiis, ſponſa de futuro non item.

Neque vero hic pro ſponſa de futuro quicquam facit argumentum affirmatiuæ ſententiæ ſupra adductum. Etſi enim verum ſit quod ſponſa de futuro habeat de iure veteri priuilegia dotis perſonalia; Et licet etiam concedendum ſit, quod Iuſtinianus illis mulieribus tribuat hypothecam tacitam cum priuilegio prælationis, quæ olim perſonalia habuerint priuilegia, ſeu perſonales actiones: Obſeruandum tamen eſt, quod hoc in ſequentibus verbis eiuſdem *l. aſsiduis.* hoc ipſum priuilegium aperte ad vxores reſtringat, illiſq; in bonis maritorum tacitam hypothecam vna cum prælationis priuilegio indulgeat. Proinde falſum eſt quod omnibus omnino mulieribus, ex iure veteri perſonales actiones habentibus de hypothecæ & prælationis iure Imperator proſpiciat. *Lit. C.* Quæſt. 52.

Quæritur porro an priuilegium *d. l. aſsiduis. C. qui pot.* locum habeat in dote confeſſata, hoc eſt, in ea dote, quam maritus *An priuilegium d. l. aſsiduis, C. qui*

 ritus

nete exceptionem non solutæ dotis, dos confessionata habeat priuilegia veræ dotis.

Sed ego illud omnino considerari velim quod præsenti in casu quietantia siue priuata scriptura & confessio mariti non proferatur contra ipsum scribentem, cui post biennium, exclusa dotis non solutæ exceptione, præiudicaret, sed quod producatur contra tertium, creditorem scilicet mariti cum vxore concurrentem, contra quem sane non potest scriptura ista priuata vllam probationem facere *d.l.scripturas.ti.*

Idcirco nullo tempore confessatam dotem veræ dotis priuilegia sortiri existimo. Interim tamen obiectum argumentum nobis non admodum obstare arbitror; siquidem experientia satis superque comprobatum reddit, quod hodie numeratio dotis vtplurimum, testib. præsentibus, fieri soleat. Præterea verũ quidem est quod priuilegia, præsertim vero dotalia vtpote in summo gradu fauorabilia potius sint, quam restringenda, sed hoc procedit solum in dubio; At in proposito claram & expressam habemus definitionem, quod nempe ita demum priuilegia dotis locum habere debent, si dos reipsa fuerit numerata, quod de confessionata vtique asseri non potest, prout ex prædictis relucet. Postremo ita demũ extẽdenda sunt priuilegia, si extensionem ipsorum constitutiones & leges, quibus deferuntur, admittant; alioquin non oportet nos, prout alibi dicitur, clementiores esse lege. Nec profecto dici potest, stante sententia nostra, à nobis priuilegia dotalia coarctare, cũ ipsa lex ea ad vere numeratam dotem aperte restringat.

Relinquitur itaque priuilegia *d.l.assiduis.* in confessionata dote locum non habere.

Quæst. 53. *An in donatione propter nuptias & bonis paraphernalibus locum habeat d.l. assiduis?*

De donatione propter nuptias & bonis paraphernalibus quæritur, anne in illis locum habeant priuilegia doti concessa?

Et quidem de donatione propter nuptias habemus apertam decisionem in *d.l.assiduis.* Tametsi enim mulier pro donatione propter nuptias mariti sui bona tacite pignori obligata habeat *l.vbi adhuc. Cod. de iure dot.* eam tamen in rebus propter nuptias donatis non habere beneficium prælationis, aperte sancit Iustinianus in *dict. l. assiduis.* §. *final.* Etsi autem Dynus putarit mulierem ne quidem tacitam habere hypothecam ratione donationis propter nuptias eo quod in *dict.* §. *final.* dicat Iustinianus, *Damus autem hoc priuilegium doti, non donationi ante nuptias.*

Tamen Dynum in hoc fuisse lapsum ait Zasius, quia ibidem Imperator intellexerit priuilegium prælationis, non tacitæ hypothecæ; quam ei alibi, nempe in *d.l.vbi.C de iure dot.* aperte tribuit. Et hanc sententiam ait habere rationem, quia donatio propter nuptias datur mulieri non solum vt lucretur, sed etiam vt eo securior sit in dote & aliis rebus ac necessitaribus mulieris. De bonis paraphernalibus, id est, illis bonis, quæ præter dotem ad vxoris patrimonium pertinent & ex cõcessione vxoris benigna in vsu sunt mariti, vtrum in illis locus sit priuilegio prælationis dubitatur?

Cum enim & his de damno mulier sollicita sit & agat, nõ minus atq; de dotalib. cum vtraq; sint vxoris & ab vxore proficiscãtur, dicendũ videbatur in illis quoq; ad exemplũ dotis, locũ esse prælationis priuilegio. Sed verior tamen est sententia q mulier in paraphernis non præferatur cæteris mariti anterioribus creditoribus. Quandoquidem iura singularia & exorbitantia stricte sunt accipienda, nec producenda ad consequentias *l.14.ff.de ll. l.quod contra. ff.de reg.iur.* Cui & hoc accedit quod parapherna olim plerumq; mulieres nõ cõsueuerint

dare

dare maritis, sed ea sibi reseruare, aut ea marito tradere fuerint solitæ, sed in certum libellum conjecta aut etiam in instrumentum dotale *l. vltim. C. de pact. conuent. tam super dot.*

Quæst. 54. *An & quatenus mulier priuilegio prælationis possit renunciare?*

Sed anne huic beneficio prælationis quod mulieri à Iustiniano in *d. l. assiduis.* tributum est, renũciare valeat quæritur? Et quidem quin renunciare queat etiam sine iuramẽto satis probat *l. etiam. C. ad SC. Velleian.* vbi dicitur: *Etiam constãte matrimonio ius hypothecarum, seu pignorum marito remitti posse, explorati iuris est.* Idemque clare in *l. iubemus. 29.* constituitur. Et rationem habet satis perspicuam: prælationis quippe & hypothecarum ius solius mulieris fauore est introductum, vt constat ex *d. l. assiduis.* & rationibus ibidem allegatis: At nemo prohibetur fauori suo ac beneficio renunciare. *l. penul. C. de pact.* Verum hoc ipsum hodie ex Nouella Iustiniani Constitutione in *Auth. siue à me. C. ad SC. Velleian. & Nouell. 61. cap. 1.* temperamentum accepit, ita vt tunc demum efficaciter renunciet prædicto hypothecarum & prælationis beneficio quãdo maritus alia habet bona, è quibus mulier bona sua consequi & obtinere posset; ne tali renunciatione omnimodo sua defraudetur dote, quod proculdubio idcirco receptum, quoniã & publice interest mulieribus dotes suas esse saluas propter quas nubere possint *l. 1. & l. 2. ff. de iure dot. l. 1. ff. solut. matri.*

Sed vtrum hoc temperamentum etiam in iurata renunciatione locum habeat dubitatur? Equidem de iure ciuili Cæsareo dicendum erit, non valere iuratam istam renũtiationem cum ex aliis mariti bonis vxor non potest consequi dotem suam; quia alioquin iuramentum legibus & Imperialibus constitutionib. contrarium foret, cuiusmodi iuramentum non valere nec vllius esse efficaciæ, ex *l. 7. §. 16. ff. de pact. l. 112. §. fi. ff. de legat. 1. l. 5. C. de legib.* plus quam manifeste constat.

Veruntamen iure Canonico videtur aliud esse dicendum, quoniam eo iure omnia iuramenta, legibus etiam ciuilibus contraria seruari debere, quę modo conscientiam non lædãt nec in alterius vergant detrimentum aut salutis æternæ dispendium expressis Pontificum decretis & canonibus cautum est. *c. cum contingat. ext. de iuram. c. quamuis. de pact. in sext.* Sed sæpe ostendi in hac iuris ciuilis & Canonici pugna palmam offerendam esse iuri Cæsareo. Sed quid si mulier quoad vnum creditorem renunciauit, anne hæc renunciatio cæteris creditoribus proderit ipsiq; renuncianti oberit, sic vt non possit illis anteriorib. prę̨ferri, verum ab ipsis excludatur? Verbi causa Titius pecuniam credidit Sempronio, hic ipsi hypothecam omnium suorum bonorum pro isto credito, consensu vxoris constituit, atque instrumento obligationis, vxor omni suo beneficio, & in specie beneficio prælationis renunciauit; Huic igitur si maritus alia habet bona, quam huic creditori obligata, ex quibus dotem suam vxor saluam habere potest, non præferretur in re specialiter ipsi obligata. Sed num quid hac renunciatione non obstante nihilominus prę̨ferretur cæteris mariti creditoribus, quorum intuitu non renunciauit? Et Affirmantium sententia longe videtur esse verior: Cum alias constet renunciationes esse stricti iuris & pacta conuenta aliis, quam ipsis paciscentibus, nec prodesse, nec obesse *l. 27. §. 4. ff. de pact. l. 3. ff. de transact.* Equidem Constit. Elect. Saxonic. cautum est renunciationes hypothecarũ à mulieribus etiam in iurato factas, dũmodo iudicialiter & cum authoritate curatorum peragantur æque ac iuratas indistincte sortiri effectũ suũ. Est autẽ hæc Constitutio *26. par. 2.* & sic se habet: Hierinnen ist ein Unterscheide zu machen / vnter deß Mans vnd frembder Leuthe Schulden / dann do sich ein Weib

Weib für ihren Ehemann mit Einsegung deß so ihr zugehöret verpflichtet/so wird sie darzu im Rechten nicht verbunden/es were dann solche Schuldt gantz oder zum theil in ihren Nutz gewandt/oder sie hette dem beneficio S. Conf. Velleiani mit dem Eydt renunciiret. Aber in frembder Leuthe Schulden / wann sich für dieselbige ein Weibsperson eingelassen/so wird die nach zweyen Jahren widerholete Renunciation, vnnd ob sie sich eydlich vorziehen/bewogen. Dergleichen ist auch der persönlichen obligationen halben ein Vnterschiedt / wann sich ein Weib für ihren Ehemann oder von wegen eines frembden verpflichtet. Ob nun wol solches in gemeinen beschriebenen Rechten also verordnet/ So haben dannoch vnsere Deputirte hinwider bedacht/daß in den Gerichten dieser Landsart hin vnd wider solche vnd dergleichen intercessiones vnnd Renunciationes, ohne einige Eydes leistung / de consuetudine zu geschehen pflegen/vnd zugelassen werden/ vnd daß demnach eine grosse Zerrüttung gar zuviel vnd fast vnzehlicher Händel erfolgen würde / da dieselbigen vor vnkräfftig geachtet werden solten/auch vns heimgestellet/ vnnd vor rathsam trachtet / daß dißfals / jedoch extra res dotales & in donationem propter nuptias vel dotalitium constitutas, so sie dem Manne zubrachte oder erlanget/vnd also im Verziche eines Vnterpfandes / darauff ein Weib von wegen der Mitgifft oder sonsten Gerechtigkeit haben möchte/abgedachte Gewonheit zu bestettigen seyn solt/mit angehegter Restriction daß es nicht simpliciter oder durchauß/sondern nur in denen Fällen/ wann solche vnnd dergleichen intercessiones, authoritate Curatorum, von den Eheweibern / auch Jungfrawen vnnd Wittwen /so natu maiores seyn / vnnd in iudicio ergiengen vnnd fürgenommen würden / stad habe. Nachdem wir vns dann solches gnädigst gefallen lassen/so wollen wir auch berührte Gewonheit hiermit nicht allein bestettiget haben/ sondern ordnen vnd setzen auch/ daß also krafft dieser vnser Constitution, in vnsern Hoffgerichten/Faculteten / vnd Schöppenstülen darauff gesprochen vnd erkandt werden soll.

Tacitam porro hypothecam habent pupilli in bonis sua pecunia cõparatis, cuius vi etiam prioribus antefertur, textus est apertus in *l. 6. C. de seruo pign. dato. l. 7. ff. qui pot. in pignor. l. 3. princ. ff. de reb. eor.* Illud certum est rem pecunia pupilli à tutore emptam non ipsi emptori, hoc est, tutori, sed pupillo, cuius pecunia comparata fuit, acquiri; textus pro hac sententia videtur esse in *l. 2. ff. quando ex fact. tutor.* Ibi Alexander Imperatori: Etsi tutores tui, cum pecuniam pupillarem crederent, ipsi stipulati sunt, vtilis actio tibi dabitur. *Lit. C.*

2. Idem *l. 3. Cod. arbitr. tut.* traditur, quo in loco, *Si curator*, inquit Antoninus, *post decretum præsidis sublata pecunia, quæ ad comparationem possessionis fuerat deposita sibi prædium comparauit, elige utrum malis in emptione negotium tibi gessisse, an quia in vsus suos pecunia conuersa sint legitimas vsuras ab eo accipere.*

3. Hoc singulare est in pupillo: Nam alias regulariter res pecunia alterius empta emptori acquiritur, non vero ei, cuius pecunia fuit comparata. *l. si ex ea. Cod. de rei vindicat. l. 1. Cod. si quis alteri vel sibi.*

Receptum vero est in pupillo, partim fauore eius, partim vero odio tutoris & rei gestæ, quia tutor non debuit pecuniam pupilli in vsus suos conuertere contra fidem administrationis, alioquin si solius pupilli fauore hoc introductum esset, consequens foret, quod quicunque tandem pecunia pupilli rem emisset, ea pupillo acquireretur, quod tamen secus est.

4. Idem denique comprobat textus *in l.52.in verbis: Plane si ex re pupilli nomina fecit, vel pecuniam in area deposuit datur ei vindicatio nummorum & aduersus debitores vtilis actio.ff.de peculio.*

Verum Ant.Faber *lib.5.coniect.9*, contrariam tuetur sententiam statuẽs quoad propositum nihil speciale in pupillo esse receptum, sed in eo ius commune obtinere; cum nullus omnino sit textus iuris, ex quo talis exceptio à regula possit colligi: In textibus sane illis, qui modo adducti sunt, priuilegium istud pupilli nequaquam stabilitur.

Nam in *l.3.Cod.arbitr.tutel.*ait, rescriptum istud specialem habere rationem, quia in ea specie decreto præsidis deposita esset pecunia ad rem comparandam nomine minoris, quam tamen curator mala fide suo nomine comparauerat: Inde fieri ait, vt electio minori detur, vtrum pecuniam suam cum legitimis vsuris recipere, an vero negotium sibi à curatore in emptione gestum fuisse malit inspecto videlicet eo, quod curator gerere debuit potius, quam quod mala fide & contra decretum prætoris gessit.

Ad *l.52.versic plane. ff.de pecul.* respondetur, illic pupillo dari vindicationem nummorum, quos tutor crediderat, aut si consumpti sunt, condictionem, quia eos tutor non suo, sed pupilli nomine crediderat, & quamuis suo nomine credidisset, sibi tamen actionem quærere non potuisse, cum seruus esse ex facto proponeretur.

Ad *l.2.quando ex facto tutor.* respondendum est, illic ex stipulatione tutoris, vtilem acquiri actionem, quia pecuniam pupilli tutor non suo, sed pupilli nomine crediderat, eamque reddi pupillo stipulatus erat, eandemque stipulationem in rem pupilli interposuerat, vide Gothofred.*in Not.ibid.*

Ad rationem Donelli tertio loco adductam responsio ex hactenus dictis patet: Nam petit principium, dum præsupponit, quod iure singulari hoc in persona pupilli, partim fauore eius, partim odio tutoris sit receptum vt à tutore res, pecunia pupilli empta, ipsi pupillo acquiratur.

Pupillis porro in bonis tutorum suorum tacitam esse hypothecam constitutam, patet ex *l.20. C.de administrat.tutor.* vbi Imperator Constantinus ita rescribit: Pro officio administrationis tutoris vel curatoris bona, si debitores extent, tanquam pignoris titulo obligata, minores sibimet vindicare minime prohibentur. Idem est etsi tutor vel curator quis constitutus, res minorum non administrauerit.

Insuper pupillos præter tacitam hypothecam, quam in bonis suorum tutorum habent priuilegio prælationis gaudere sic vt aliis creditoribus præferantur manifeste cõprobat *l.vlt.ff. de tut.& rat.distr.* vbi dicitur: *Non solum tutelæ priuilegium datur in bonis tutoris; sed etiam eius: qui pro tutela negotium gessit, &c.*

Sed vtrumne vi huius priuilegii præferantur pupilli personalibus solum, an vero etiam hypothecariis creditoribus, non ita expeditum esse videtur: Sunt enim qui statuant quod duntaxat personalibus, & non etiam hypothecariis creditoribus præponantur: Aliis vero placet quod tam hypothecariis, quã personalibus creditoribus præferri debeant.

Et quidem prior opinio, quod nempe pupilli in bonis suorum tutorum nõ habeant tacitam hypothecã, sed priuilegio duntaxat personali gaudeant, & sic solũ personalib. præferantur non etiã hypothecariis creditorib, exinde cõfirmatur. Quod hypotheca tacita nemini competit nisi illi, cui à lege expressim fuit data: est enim legalis hæc hypotheca vnde ad eius constitutionem lex expressa requiritur, iam vero nusquam legitur in iure tacita hypotheca pupillis in bonis tutorum.

torum tributa. Quocirca non possunt eam sibi arrogare. Sed huic opinioni, quam Accurs. fouit non parum aduersari videtur *l. 20. C. de administr. tut.* ybi expresse traditur bona tutorum pignoris titulo pupillis pro administratione esse obligata. Quod autem tacita ista hypotheca cum iure prælationis sit coniuncta euincit *l. vlt. ff. de tut. & rat. distr.* vbi priuilegii tutelæ ꝙ pupillus in bonis tutoris habet, mentionē facit Hermogenianus.

2. Idem quoque relucet ex *l. vnic. C. rem alien. gerent.* vbi Imperatores rescribunt: *Non est interdictum tutoribus vel curatoribus, & si ex eo titulo iudicati debitores sunt constituti, cum sua causa res suas alienare: Potuit ergo curator tuus fundum suum cū suo onere obligare fisco nostro: Nam & priuato potuisset*: Ecce hic Imperatores dicunt tutores posse res suas cum sua causa alienare; item cum suo onere obligare: At quid aliud est cum sua causa alienare, cū suo onere obligare, quam transferre vel obligare cum hypotheca, quæ in rebus tutorum pupillis erat à lege constitura.

3. Accedit his etiam textus in *leg. final. ff. in quib. caus. pign. vel hypothec.* cuius verba ita habent: *Tutoris hæres cum hærede pupilli, transactione facta, cum ex ea maiorē partem soluisset, in residuam quantitatem pignus obligauit, quæsitum est, an in veterē contractum iure res obligata esset. Respondit secundum ea, quæ proponerentur, obligatum esse.* Hinc colligit Vanderanus quod res tutoris fuerint pupillo tacitæ obligatæ; ideo quia illic quæstio proposita fuit, an res nunc in causam transactionis pacto conuento obligata, in veterem causam siue ꝓ eo, quod actione tutelæ peti poterat, maneat obligata iure, id est, tacite & obligatione quadam legali, quemadmodum prius ea ipsa res, cum omnibus tutoris bonis, nunc ad hæredē trāslatis obligata fuit: & ad hanc quæstionem respondit Scæuola obligatum esse.

Neque huic Interpretationi quicquam refragatur quod cum per transactionem principale debitum, ex administratione tutelæ contractum, extinctum fit, tacita quoque hypotheca, quæ illi, tanquam accessorium, accesserat, consumpta sit. Maxime cum hæc res expresse pignori data eidem creditori, in aliam causam nempe transactionis, à tacita eaque generali obligatione liberata esse videatur.

Etenim, ratione hac non obstante, respondet Scæuola, taciti pignoris obligationem adhuc durare. Transactio siquidem non tollit actiones ipso iure *l. cum proponas. C. de pact. l. siue apud acta. Cod. de transact.* verum exceptione agente submouet, nisi Aquiliana stipulatione sit facta. Ex hisce igitur fundamentis satis luculenter probari puto, quod pupillus in rebus tutoris sui tacitam habeat hypothecam.

Id quod etiam verissimum esse arbitror. Neque negatur à Wesenbecio, quem hic dissentientē allegauit Treutl. Verum, id, quod in dubium reuocat Wesenbecius, quod scilicet ratione huius tacitæ hypothecæ pupillus præferatur in bonis tutoris cæteris creditoribus anteriorem expressam hypothecam habentibus, id, inquam, ex adductis legibus nullo modo colligi aut deduci potest. Quocirca sic cum Wesenbecio statuendum esse arbitror: In bonis tutoris generalem tacitam hypothecam habere pupillum pro administratione tutelæ; Habere item prælationis priuilegium, non quidem contra creditores tutoris, expressam hypothecam habentes; sed contra creditores tacitam saltem habētes hypothecam. Nam vt illis, qui anteriorem expressam hypothecam habent, præferatur pupillus, nullo iure ipsi tributum fuit.

Cæterum hoc priuilegium esse personale, cū persona pupilli extingui, nec ad

hæredes eius transire; plus quam manifestum est ex *l.19.§.1.ff.de rebus auctorit.iudicum possid.* vbi dicitur: *Si quis, cum tutor non esset, pro tutore negotia gessit, priuilegio locum esse, manifestum est: Nec interest, ipse debeat, qui gessit, siue hæres eius cæterique successores: Ipse autem pupillus priuilegium, sed eius successores non habent.*

Idem quoque probat textus in *l.43. in princ.ff.de administrat. tuto.* in quo dicitur; Cum post mortem pupilli desinat esse nomen idoneum, tutorem periculo eximi.

Et ratio eius etiam obscura non est: Quod enim priuilegium hoc sit personale, soli personæ pupilli tributum, negari non potest: Personalia autem priuilegia cum persona extinguuntur, nec in hæredes transeunt.

Sed quid si pupillus pubes factus reliquit filium suum hæredem, in quem non tam transfertur, quam continuatur dominium *l.in suis.11.ff.de libe.& posthum. hered.* anne vel in ipsum, tanquam suum hæredem deriuatur hoc priuilegium vt contra tutores patris sui agens insistat hypothecæ & aliis præferatur creditoribus? Affirmandum hoc videbatur per textum in *Lassiduis.§.exceptis.C.qui pot.in pign.* vbi priuilegium prælationis, mulieri tributum, ad liberos ipsius transire dicitur. Cum tamen istud priuilegium nõ minus sit personale atque priuilegium hoc, de quo in præsentiarum disserimus.

Sed contraria sententia verior est, quicquid etiam Accursius in contrariũ adferat, primo enim textus *dict.l.19.§.1. ff.de rebus auctorit. iud.possid.* generalis est ac negat indistincte, *successoribus prodesse pupilli priuilegium.* Appellatione autem successorum vtique & sui hæredes veniunt.

2. Deinceps priuilegium hoc, pupillo indultum, est omnino personale; personalia autem priuilegia nec ad suos deriuantur hæredes *l. priuilegia. ff.de regulis iuris.* Et postquam pupillus est mortuus bona eius sunt eiusdem conditionis, cuius & aliorum bona, *dicta l.43. princip.*

Non obstat argumentum ex *d.l.assiduis.§.exceptis.* petitum. Respondit enim Zasius, quod illic proponitur, speciale esse in dote, vt nempe etiam ad posteritatem descendat, maxime ad filios, qui ex dote matris aluntur. Ad consequentias igitur porrigi hoc non debere.

Sed rectius respondetur quod in *dict. §.exceptis.* priuilegium prælationis non tribuatur mulieris liberis, sed tacita solum hypotheca, ratione cuius liberi primæ coniugis, secundæ vxori, hoc est, nouercæ suæ præferantur in bonis patris, vtpote priorem hypothecam habentes, prout hoc plenius & luculentius supra fuit demonstratum. Ad eos porro, qui hypothecam vna cum priuilegio habent, recte referuntur etiam illi, qui, ad restitutionem ædificii pecuniam crediderunt: Hic quippe in isto ædificio competit tacita hypotheca. Id quod asserit Iurisconsultus Papinianus in *leg.1.ff. in quibus caus. pign. vel hypothec. tacit. contrah.* *Senatusconsulto*, inquiens, *quod sub Marco Imperatore factum est, pignus insulæ creditori datum, qui pecuniam ob restitutionem ædificii extruendi mutuam dedit, ad eum quoque pertinebit, qui redemptori, domino mandante, nummos ministrauit.* Quod procul dubio boni publici causa constitutum est: Siquidem in ædificiis tuendis & collapsis restituendis publica versatur vtilitas, cum agatur in eo dignitas vrbis & ornamentum, vti ædificia integra sint & bene composita, non cassa & ruinosa, *l. 2. Cod.de ædif.priuat.* Lit. E.

Et hoc quidem Iacobus Cuiacius admittit in eo, qui ad ædificii collapsi restitutionem ac restaurationem credidit:

credidit: De eo autem, qui ad refectionem duntaxat ædium ruinosatum mutuum dedit, id negat ac pernegat: Mouetur autem Cuiacius hac ratione quod hoc priuilegium tacitæ hypothecæ nemini competat, nisi cui lege datur; legale siquidem hoc tacitum pignus esse atque lege constitui supra fuit ostensum, & extra controuersiam est positum: Nulla autem lege reperitur constitutum, vt in causam refectionis ædium pecuniam credens tacitam debeat habere hypothecam in istis ædibus: Tacitum proinde pignus ei tribui non debet. Et sane allegata *l.1. ff. in quib. caus. pign. tacit. contrahitur.* non loquitur de refectione ædium ruinam minitantium, sed de refectione ædium iam collapsarum; extra terminos proinde suos porrigi & extendi non debet; maxime cum hic, ipso Authore nostro fatente, de singulari & exorbitante sit quæstio & sermo, quod ad consequentiam trahi non debet.

Et quanquam prætendatur rationem supra allegatam, & in bono ac decore publico fundatam, æque locum sibi vendicare in mutuante ad refectionẽ, atque in mutuante ad restitutionem ædium; sciendum tamen est, quod ius singulare & exorbitans ne quidem ex paritate rationis ad consequentiam produci debeat, *l.14. ff. de legib. l. quod contra. ff. de reg. iur. §. sed & quod principi. I. de iure Nat. gent. & ciuil.* Quin etiam diuersam esse quoad præsens negocium; restitutionis & refectionis rationem, contendit Cuiacius, quia plus multo sit restituere, quam saltem reficere, & ideo maior debeat esse fauor ad restitutionem, quam ad refectionem ædium pecuniam credentis, ac proinde priuilegium illi tributum non debeat huic applicari. Et huic Cuiacii sententiæ haut inuitus subscribo eidemque inhærebo, vsque dum textus expressus productus fuerit, quo ad refectionem credenti, tacita tribuatur in ædib. hypotheca: priuilegia quippe non nudis rationibus inducuntur, sed expressis Impp. sanctionib. tribuuntur, *d. §. sed & quod princ. I. de iur. nat. gent. & ciu. l. 1. ff. de constit. princip.*

Illud præterea quæstionis est, anne is qui ad refectionem nauis vel alterius rei pecuniam credidit, habeat in re & naui ista tacitam hypothecam? Plerique accursium secuti, hoc affirmant, *seqq. rationib. adducti: 1. In l. 5. ff. qui pot. in pign.* Vlp. ICtus ita in hæc verba scribit: *Posterior potior est priori, vtputa, si in rem istam conseruandam impensum est, quod sequens credidit, veluti si nauis fuerit obligata, & ad armandam eam rem vel reficiendam ego credidero.*

Cuius rationem subiicit Vlpianus *in seq. l. 6. Huius*, inquiens, *pecunia, saluam fecit totius pignoris causam, quod poterit aliquis admittere, etiamsi in cibaria nautarum fuerit creditum, sine quibus nauis salua peruenire non poterat.*

2. Adstipulari huic videtur Paulus *in l. 26. ff. de reb. auctor. iud. possid.* vbi ait; *Qui in nauim instruendam vel extruendam credidit, vel etiam emendam, priuilegium habet.*

Subscribit his & Marcellus *in l. 34. eod. tit.* in hæc verba scribens: *Quod quis nauis fabricandæ, vel emendæ, vel armandæ, vel instruendæ causa, vel quoquo modo crediderit, vel ob nauim venditam petat, habet priuilegium post fiscum.*

Id quod amplius confirmat Iustin. *in Nouell. 97. §. 3.* quando ita scribit: *His consequens est & illud decernere, quod in casibus eiusmodi dubitatum est: Nouimus antiquioribus creditoribus aliquas hypothecas ponere Iuniores existentes & priuilegiis à legibus datis, quale est, quando aliquis propriis pecuniis procurauerit nauim comparare, aut fabricare, aut reparare, aut domum forsan ædificare, aut etiam emi agrum, aut aliquid*

horum: In his enim priores existunt posteriores creditores, quorum pecunia empta aut renouata res est iis, qui etiam multo antiquiores sunt. Hinc colligi putant, quod is, qui ad nauim vel quascunque res alias reficiendas, restaurandas aut conficiendas pecuniam credidit, tacitum habeat in rebus istis hypothecam, non minus atque ille, qui ad domum extruendam pecuniam credidit.

5. His fundamentis accedit etiam ratio iuris manifesta: Etenim duplex ratio, ob quam in domo tacita hypotheca illi, qui pecuniam credidit ad extructionem eius, constituitur, adduci potest: vna est, quod creditoris pecunia domus salua sit debitori *lib. 6. ff. qui pot. in pign.* Quæ ratio generalis est, nec solum in domo, sed quibuscunque etiam in rebus locum habere potest. Altera ratio hæc est, quod vtilitas publica suadeat, domos collapsas restitui, ruinosas refici ne alias ruinis ædium ciuitatis aspectus deformetur: Atqui nauim quoque refici ædium interest Reipubl. ne commercia & negociationes Reip. non modo vtilia, sed summopere etiam necessaria, impediantur.

Cæterum his fundamentis non moueor, quo minus cum Hugone Donello, Francisco Connano, Petro Vanderano, Francisco Hotom. & nostro Treutlero in contrariam discedam sententiam atque statuam, eum, qui ad nauim vel alias res reficiendas, aut etiam restituendas & extruendas credidit, tacitam hypothecam in istis rebus sibi vindicare non posse; id quod sequentibus fundamentis stabilitur & confirmatur.

1. Fisco præferuntur omnes creditores hypothecarii, expressam vel tacitam anteriorem hypothecam habentes, atqui is qui ad restitutionem aut refectionem nauis credidit, non præfertur fisco *l. 34. Digest. de reb. auctor. iud. possid.*

2. Qui in rem emendam credidit confertur cum illis, qui ad instructionem & refectionem rei crediderunt iisdemque exequatur *in l. 26. Digest. eod. tit Digest. de reb. auctor. iud. possid.* At vero hi non habent tacitam hypothecam *L. 17. C. de pignor.* Igitur nec tacita hypotheca tribui potest ad reparationem & extructionem nauis, aliarumque rerum pecuniam credentibus.

3. His accedit, quod, si omnes qui in quascunque res reficiendas crediderunt, tacitam haberent hypothecam, non fuisset SCtum nominatim & specialiter de illis conceptum, qui ad ædium extructionem crediderunt *in L. 1. ff. in quib. caus. tac. pign. contrah.* sed in genere tacita hypotheca tributa fuisset quibusuis ad res qualuis parandas mutuam pecuniam dantibus.

4. Priuilegia insuper non inducuntur per iuris rationem, sed Imperatorum ac principum constitutionibus tribuuntur. *§. Sed & quod principi. I. de Iur. Nat. Gent. & Ciuil.*

Atqui nullus potest produci textus, nulla Principis constitutio, qua huiusmodi priuilegium tacitæ hypothecæ tribuatur his, qui ad refectionem & extructionem nauis crediderunt. Quod enim ad textus supra pro hac sententia allegatos attinet, non loquuntur illi de tacita hypotheca, sed de priuilegio prælationis, quod ab illa diuersissimum esse quiuis facile agnoscit.

5 Postremo cum illi, qui ad domum reficiendam pecuniam mutuam dedit, non competat in ista domo tacita hypotheca, multo minus illis tribuenda erit, qui ad nauis aut alterius alicuius rei refectionem credidit,

Nec ad rem quicquam faciunt ea, quæ pro priori & communi sententia fuerunt adducta, Nam in allegatione *l. 5. Digest. qui potior. in pign. vt & l. 26. & 34. Digest. de reb. auctor. iud. possid. Nouella 97. c. 3.* com-

committitur fallacia plurium quæstionum: non enim hoc volunt, quod qui ad nauis vel alterius alicuius rei refectionem crediderunt, habeant tacitam, sed quod habeant priuilegium prælationis, cuius beneficio anterioribus creditoribus præferantur, quando expressa conuentione hypothecam sibi constitutam habent.

Et huc etiam pertinet ratio *in d. l. 6.* allegata, quæ non eo spectat, quod tacitam hypothecam habere debeant ad rei extructionem aut refectionem credentes, sed quod, si expressam habuerunt hypothecam, cæteris anteriorem hypothecam habentibus sint præferendi.

Quod autem ad alteram rationem, posteriori loco allegatam attinet, hoc sciendum & in memoriam reuocandum est, quod paulo ante monuimus singulare (quale est illud, quo tacita hypotheca constituitur in domo illi, qui ad extructionem domus credidit) ne quidem ex rationis paritate, siue identitate ad consequentiam produci, *l. 1. Digest. de constit. princip. l. 1. Digest. de legib. & l. quod contra Digest. de reg. iur.*

Quæ. 55. *An in mercibus venditis & traditis tacitam habeat hypothecam venditor?*

De venditore vtrum in mercibus venditis ac traditis, si adhuc extent ius prælationis & tacitam habeat hypothecam, quæritur? Verbi caus. Titius emit merces quasdam à Sempronio, sed pecuniam non soluit, emptione perfecta & traditione mercium ipsi facta, aufugit Titius emptor, vel bonis cessit; concursus fit creditorum, quisque in bonis atque sic etiam in præfatis mercibus potior esse cupit; quæritur anne venditor mercium, penes emptorem adhuc extantium, cæteris creditoribus anteferri debeat?

Et ait Andreas Gailius communi Dd. sententia conclusum esse, venditorem in proposito casu præferendum non esse.

1. Quia venditione perfecta & traditione facta desinit dominus esse venditor, postquam de precio fidem habuit emptori. §. *vendita I. de Rer. diuis.* & emptor dominus esse incipit *l. 20. C. de pact. §. per traditionem I. d. tit.* vnde rem venditam amplius vindicare non posset venditor *l. Inciuile. C. de Rei vind. l. 23. pr. Digest. eod. tit.* Sed succedit regula ista iuris quod qui prior est tempore, potior est iure *l. potior. ff. qui pot. in pign.*

2. Quia, etsi venditor rem venditam nondum traditam retinere possit, donec soluetur *l. Iulianus. §. offerri. ff. de act. empt. l. hereditatis vendita. ff. de heredit. vel act. vendit.* postquam tamen tradidit fidemque de precio habuit repetitioni vel vindicationi, locus non est.

3. Quia *in l. 5. 18. ff. de tribut. act.* ICtus Vlpianus circa quæstionem istam, anne merces apud emptorem extantes vindicari possint? expresse distinguit vtrum fides sit habita, an vero non, vt priori casu vindicationi mercium sit locus; posteriori vero casu sit locus vindicationi.

Quocirca, quod supra dictum, non posse rem venditam & traditam vindicari à venditore, & sequenter venditorem cæteris creditoribus non esse potiorem, id fallit quando venditor emptori de precio fidem nō habuit: Hoc quippe casu rei venditæ & traditæ dominium non transit ad emptorem *d. §. vendita. I. de Rer. diuis. l. Inciuile. C. d. Rei vindicat.* Vnde merito venditor eam vindicare poterit, & per consequens omnibus aliis creditoribus præferri debet *l. ventri. §. in bonis. ff. de priuileg. credit.*

Sed quando venditor dicatur de precio fidem emptori habuisse quæritur?

Equidem Glossa *in l. quod vendidi, ff. de contrah. empt. & in §. vendita I. de rer. diuis.* quam Dd. communiter sequuntur, statuunt tunc censeri fidem emptori à venditore habitam, quando venditor rem emptori tradit simpliciter nec quicquam dicit vel excipit.

Verum-

Veruntamen ab hac sententia doctiores ICti non immerito recidunt, ac statuunt quod non dicatur nec censeatur habita fides de precio, nisi hoc expresse actum fuerit inter contrahentes; idque ex subsequentibus rationibus.

1. In hoc contractu emptionis venditionis hoc intelligitur actum, quod naturaliter inest contractui, cum bonæ sit fidei, *l. ex empto, ff. de act. empt.* atqui illud contractui emptionis venditionis naturaliter inest, quod venditor tradat rem, si modo precium fuerit solutum, *d. l. ex empto.* ergo aliter non intelligitur translatum esse dominium, nisi precio soluto, quod pro expresso haberi debet *l. cum quid. ff. si cert. pet.*

2. Illud insuper præsumi debet, quod actum esse verisimile & credibile est, *cap. quia verisimile de præsumpt. l. non est verisimile. ff. quod met. caus.* Sed cum emptor nondum compleuit contractum ex parte sua, quia non soluit precium, non est verisimile quod venditor voluerit prius dominium transferre, quam sibi solutum fuerit.

3. Accedit quod oratio respiciens plura determinabilia, debeat ea pariter determinare. *l. quamuis C. de impub. & aliis substit. l. iam hoc iure. ff. de vulg. & pupill. substit.* Sed hæc tria, scilicet quod dominium ex emptione venditione non transferatur nisi precio soluto & satisfacto & habita fide, ponuntur exceptiue à regula *in d. l. quod venditi.* nec esse precium solutum aut satisfactum præsumitur, nisi probetur. *l. in ciuile. C. de rei vendic. l. quinquaginta. ff. de probat.* igitur nec præsumetur fidem de precio habitam esse, nisi probetur.

4. Fundans intentionem suam in aliquo, regulariter tenetur illud probare *L. 1. ff. de prob. l. si rem minoris. ff. de in integrum restit.* Igitur emptor conuentus à venditore rei vindicatione dicens habitam fidem, cum fundet intentionem suam in eo, debet liquido illud probare.

5. Translatio dominii est magni præiudicii & difficilior, quam possessionis *l. si quis vi. §. differentia. ff. de acquir. poss. l. id quod nostrum. ff. de reg. Iur.* igitur per simplicem traditionem non inducitur, nec præter animum & mentem vendentis quicquam factum videtur, cum non satisfaciat traditio solius pensionis.

6. Nemo etiam præsumitur suum iactare *l. cum de indebito. ff. de probat.* & ex pluribus probationibus illa sumi debet, quæ probabilior est, & minus continet absurditatis, *arg. l. in concubinatu. ff. de concubin. l. in lib. ff. de rit. nupt.*

7. Insuper contractus emptionis & venditionis est reciprocus, id est, vltro citroque obligationis, nec debet claudicare, *l. Iulianus. §. si quis colludente. ff. de action. empt.*

Atqui si diceretur dominium translatum & precium non esse solutum, claudicaret vtique contractus.

Ex his igitur fundamentis perspicue contra Glossam probatur, quod in dubio ex sola re vendita non præsumitur de precio emptori fides habita.

Aliud est cum tempus indulgetur emptori ad id quod precium soluat; tunc enim interea fides ipsi habita esse censetur, & consequenter dominium rei venditæ transfertur: Sed quid si ad terminum solutioni præfixum precium non soluerit emptor, anne post illum terminum adhuc fides emptori haberi censetur, dominiumque rei venditæ semel ipsi acquisitum, apud eum manere censetur? dubia est quæstio: Pro negatiua tamen fortiores militant rationes.

1. Cum constet dominium transferri posse ad tempus, *l. fin. C. de legat.* nihil prohiberi videtur, quo minus dominium rei venditæ reuertatur ad venditorem, solutione non facta in termino.

2. Actus agentium non debent operari

operari vltra ipsorum intentionem *l. non omnis. in pr. ff. si cert. pet.* sed venditor apponendo terminum, videtur tacite post terminum fidẽ habere noluisse nec dominium amplius apud emptorem manere: igitur perinde haberi debet, atque si expresse hoc dictum fuisset.

3. Permissum ad tempus intelligitur post tempus prohibitum *l. statu liberum. §. Stichum. ff. de legat. 2.* atqui ad tempus fides est habita de precio. Igitur post tempus determinatum fides amplius haberi non censetur.

4. Ex appositione termini ad soluendum præsumitur coniectura venditoris expressa, quod noluerit fidem habere de precio ad tempus, & quod forte aliter non fuisset venditurus, si putasset emptorem precium non soluturum: proinde fide non seruata, debet ipsi actio ad rem vindicandam concedi: *l. cum ei fundum. C. de pact. inter empt. Nec obstat. l. qui ea lege. C. de pact. inter empt.* vbi apposito pacto de soluendo infra certum tempus, & quod alias res reuerteretur ad venditorem, non tamen conceditur vindicatio; si nõ fuit translata postea possessio; quia non fuerunt apposita verba directa legis commissariæ, id est, quod res esset inempta, sed obliqua; quæ non faciunt ipso iure dominium transferri.

Deniq; emptori non seruandi fidem in soluendo fides contractus à venditore seruari non debet. *l. cum personas. C. de pact.* & tutius est rei incumbere quam in personam agere *l. plus cautionis. ff. de R. iur.* vnde dicendum videtur vel quod dominium sit translatum ad tempus termini facti de soluendo, vel quod nullo modo translatum sit dominium, sed potius res sit tradita sub conditione, vt si soluatur in termino, dominium transferatur & non aliter, *l. sub conditione. ff. de solut.* Fabian. de Mont. *tract. de empt. prim. q. 5. n. 41. & seqq.*

Quocirca tunc demum fides intelligitur emptori habita quando hoc expressè dictum vel exceptum est à contrahentibus.

Præterea superioris regulæ, quod nempe venditor in mercibus venditis post traditionem factam, fidemq; habitam, cæteris creditoribus nõ præferatur, nec earundem mercium vindicationem habeat, exceptio est in emptore doloso, qui tempore venditionis non erat soluendo & iam ante cessionem vel fugam nequiter præcogitauerat: Hoc quippe casu, etsi fides sit habita de precio, merciũ tamen venditarum & traditarum dominium in emptorẽ dolosum non transfertur; eo quod dolus causam habendæ fidei dedit, & sic fides tali casu habetur pro non habita, & res non tradita, sed fraudulenter ablata videtur *l. si quasi. ff. de pign. act.* Et ideo etiam venditor in concursu creditorum omnibus merito præfertur, & rem vt suam, non obstante traditione, vindicare poterit.

Deniq; fallit prædicta regula quando res vendita specialiter est venditori obligata: Tunc enim propter expressam hypothecam cæteris posterioribus creditoribus potior erit *l. licet. C. qui pot. in pign.*

Cæterum an ne hoc casu venditor præferatur illi cui prius emptor omnia sua bona obligauerat? quæritur: Et Cuiac. *tractat. 8. ad Africanum in l. qui balneum. ff. qui pot. in pign.* venditorem præferri ait; Idq; propterea quod emptori dominium rei venditæ atq; venditori donec precium solueretur expresse oppigneratæ, cum hæc causa acquiratur vt ea venditori sit nexa pro precio *l. 1. §. vlt. & l. seq ff. de reb. eorum qui sub tutela.* Cum hac igitur causa debeat prior creditor in ea re sibi ius pignoris vindicare.

Et hactenus de illis creditoribus qui priuilegiũ habent cum hypotheca: Solum priuilegium sine hypotheca habet primo Respublica: Vnde etiam omnibus chirographariis creditoribus præferri dicitur *in l. 38. ff. de reb. auth. iud. possid.*

Et quidē quin is, qui in funus credidit, inter personales creditores hoc habeat priuilegiū, non dubitatur. Sed de eo cōtrouertitur, vtrumne præferatur etiā hypothecariis creditorib. Et quidē Iaſ. *in l. final. §. in cōput. C. de iure delib. l. 4. C. de petit. heredit.* Wel. *in paratitl. ff. qui pot. in pign. n. 3.* statuunt eum omnibus omnino creditorib. etiā expressā hypothecā habentib. præferri: Mouentur a. h sce rationibus.

1. *In l. penult. ff. de religios. & sumpt. funer.* expresse dicitur; Impensam funeris omne creditum præcedere: Ergo & illud præcedet pro quo expressa hypotheca obligata est, Maxime cum non solū verba *d. l penult.* sint generalia, sed etiam alias causa funerationis admodum sit fauorabilis & proinde interpretatione iuuanda *c. odia de R. I.* Et huc pertinet vulgaris regula iuris, omne qui dicit, nihil excludit *l. à procurat. C. mand. c. si Rom dist in. 19.*

2. Quia cum præferatur funerationis causa hypothecæ tacitæ, consequens est eam quoq; præferri expressæ, cū eadem sit ratio expressi, quæ taciti *l. Cum quid. ff. si cert. petat.* Et sic statuunt Bart. *in l. 1. column. 4. vers. 4. Angel. Aretin. ad § fin. l. de Lege Falcid.* Matth. Wes. *d. n. 3.*

Alii vero concedunt quidem quod expresse hypothecæ non præferatur, qui credidit in funus; verum tacitæ hypothecæ eum præferri asserunt. Et huius suæ opinationis fundamentum constituunt *in l. 14. §. 1. ff. de religios. & sumpt funer.* quo in textu funeris creditor dicitur præferri domino prædii in rebus inductis, illatis & inuectis in prædium conductum; itemque præferri legatario, in rebus legatis vel cæteris defuncti rebus: Atqui certum est quod dominus prædii locati in rebus in illud illatis, inductis & inuectis tacitam habeat hypothecam *l. 3. 4. & 7. Digest. in quib. caus. pign. vel tacit. hypoth. §. item Seruiana. I. de act.* Et legatarium habere tacitam in defuncti bonis hypothecam, plus quam est manifestum *ex pr. & §. 1. l. de legat.* Consequens igitur huic videtur, quod qui in funus credidit, creditoribus tacitam hypothecam habentibus præferatur.

Veruntamen mihi Authoris nostri sententia valde probatur: Nusquam n. proditum est in iure ꝙ funeris creditor præferri debeat creditorib. hypothecariis: Atqui vt aliqꝙ priuilegiū alicui cōpetat, necesse est il ud expresse ipsi tributū esse. Nec moueor *d. l. impensa. pen. ff. de religios. & sumpt. funer.* intelligendi siquidem est de omni credito, ꝙ eiusdem generis est cum credito funeris. Et sane priuilegium impensarum funeris, cuius beneficio omne creditum antecedere dicuntur, est personale duntaxat, cum nulla hypotheca coniunctum; id ꝙ omnes dissentientes fateri coguntur: Atqui hypothecarii creditores in vniuersum omnes præferuntur creditores priuilegiariis, siue actionē personalem habentib. *l. pen. C. qui pot. in pign. Eos*, inquiunt Imperatores, *qui acceperunt pignora, cum in rem actionem habeant, priuilegiis omnibus, quæ personalibus actionibus competunt, præferri constat.*

Et licet fortassis dissentientes ab hac regula eū qui in funꝰ credidit, excipere conentur, propterea ꝙ *in d. l. penult.* omnib. creditorib. præferri dicatur; tamē vereor vt hæc exceptio satis sit tuta & *in d. l. pen.* fundata. Nec n. dicit IC. ꝙ funeris impensa omnib. creditorib. præferatur; sed ꝙ omni credito præferatur; omni inquā, credito, ꝙ nudū est creditū cū hypotheca coniunctum; Et certe aliud longe est hypotheca & aliud creditū; Et ideo aliud etiam est præferri credito, aliud præferri hypothecæ. Quod a. impendentes in funus dicuntur præferri domino fundi locati in rebus inductis; Idemq; legatario in bonis testatoris: Ad hoc n. resp. Don. idipsum in duobus istis hypothecariis creditorib. plane esse speciale; quemadmodum etiam eius specialiter ratio euidens assignatur *in d. l. 14. §. 1.*

Etenim res inductæ, inuictæ & illatæ hactenus dicuntur pignori esse domino prædii pro mercede locationis, quatenus rebus fauore dignis (quarum innumero est etiam funeris causa) non officiatur aut præiudicetur *l. licet. ff. in quib. caus. pignus.* Quoad res testatoris pro rebus legatis oppigneratas, ratio specialis & exceptionis dilucide reddita est *in d.l. 14.§.1.* Deinde proprie loquendo cum de funere agitur, nulla est proprie hypotheca; quia hypotheca esse non potest legatorum nomine, nisi prius legata ponantur: Atqui cum defunctus se laendo non est omnibus tum creditoribus, tum legatariis, non debentur legata, nisi, deducto omni ære alieno, aliquid supersit Donell. *ad d. l. 7. C. qui pot. in pign.* Et tantum de priuilegio creditorum tam priuilegiatorum quam hypothecariorum in bonis sui debitoris.

Iure Saxonico Electorali quinam ordo inter creditores obseruetur perspicue relucet ex *constit. 28 part. 1.* quæ ita habet:

Wann zwischen den Gläubigern der Erstigkeit halben Streit vorfället / so constituiren, ordnen vnd wöllen wir/daß vor allen andern Schulden / erstlichen bezahlt werden sollen das Liedlohn/was auff deß verstorbenen Schuldeners Begräbnüß/vnnd in seiner Kranckheit der Artzney halben auffgewandt / auch Schoß/Stewer vnd Erbgeld/vnd nach diesem soll deß Schuldners Eheweib/ mit jhrem eingebrachten Gut/so viel sie deß erweisen kan/allen andern Gläubigern so nicht ältere außdrückliche Verpfändung haben / vorgezogen werden. In dem Gegenvermächtnüß aber hat sie sich dißfalß der Prioritet den Gläubigern zu Nachtheil nicht anzumassen / jedoch was der Leibgeding halben verordnet/ bleibet in Würden vnd Kräfften. Nach jetztberührten Schulden folgen alle die/ so auff deß Schuldeners Gütern außdrückliche/oder vermöge der Recht still schweigende Pfandt haben / vnder welchen die Eltesten von Zeit der erlangten Pfändung anzurechnen / je einer dem andern vorgezogen. Vnd da zwo Verpfändung auff einen Tag geschehen/vnd nit erwiesen werden köndte / welche vor oder nach gangen/auff den Fall sollen die Gläubiger zugleich / nach Anzahl eines jeden Schuld/zu gelassen werden. Dergleichen haben auch die solchen Vorzug welche auff vorgehenden ordentlichen Proceß vnd Recht/die würckliche Einweisung vnd Immission erlangt haben. Were aber einem Gläubiger ein Termin zur hülff angesetzt/oder auff außgebrachten Befehl/ ohne Proceß vnd Vrtheil/ verholffen worden / so soll er derwegen mehr dann er sonst zu Recht befugt / sich der Erstigkeit nicht anzumassen haben. Ferner sollen nach dinen bezahlt werden die Schuld wegen eines zu trewen Händen hinderlegten Guts / welches der Schuldener verendert vnd vmbbracht hat/ auch alles was zu milten sachen/vnd zu Alimenten gehörig/vnd dann nechst diesen / sollen die Arestanten/welche keine rechtliche Immission erlangt/zugelassen werden/denē wir auch hiemit eine dingliche Gerechtigkeit/der Prioritet halben von der stund anzufangen / da der erste Kummer geschehen / vnd gebührlichen verfolgt/geben vnd gestatten. Folgends vnd wann jemands von den obgesetzten Gläubigern mehr verhanden/ sollen die andere/so sonsten in Rechten personaliter priuilegirt, die Prioritet haben/vnnd letzlichen die Chirographarii, welche allein Brieff vnd Siegel / oder andere Nachrichtung jhrer Schulden halben vorzulegen haben/ohne Vnderschied der Zeit/pro rata eines jeden Schuld nach Verordnung gemeiner Recht/zugleich bezahlt werden.

Finis Disputationis vigesimæ quartæ.

VOLV-



VOLVMINIS POSTERIORIS DISPVTATIONIS VIGESIMÆ QVINTÆ.

De Interdictis.

QVÆSTIO.

I. Interdictum vnde sit appellatum?

II. An definitio Interdictorum Iustinianea hodie sit correcta?

III. Qualis actio sit illa, quæ ex causa interdicti dari solet?

IV. An interdictum de tabulis exhibend. sit annuum?

V. An interdictum conseruandæ possessionis diuersum sit ab interdicto retinendæ possessionis, & quam tam speciem constituat?

VI. Quænam interdicta sint duplicia?

VII. An interdictum quorum bonorum competat illi, qui edictalem habet bonorum possessionem?

VIII. An interdictum competat hæredi ex testamento?

IX. An interdictum quorum bonorum detur ei in re certa, siue in quota bonorum est institutus?

X. An interdictum quorum bonorum competat filio legitimato?

XI. An interdicto huic quorum bonorum exceptio dominii obiici possit?

XII. An interdictum quorum bonorum detur contra possidentem iusto titulo?

XIII. An hoc interdictum detur contra eum qui dolo malo possidere desiit?

XIV. An interdictum quorum bonorũ detur contra eum, qui vsucepit pro herede?

XV. An hoc interdictum detur etiam de rebus singularibus?

XVI. An detur pro rebus incorporalibus?

XVII. An interdictum quorum bonorum contra debitores hæreditarios detur?

XVIII. An interdictum quorum bonorum detur etiam pro annua pensione?

XIX. An interdictum quorum bonorum sit restitutorium?

XX. An remedium l.fin.Cod.de edict.D.Hadrian.toll. competat hæredi ab intestato?

XXI. An remedium d.l.fin. competat fideicommissario vniuersali?

XXII. An hoc beneficium l.fin. detur substituto?

XXIII. An fisco hoc remedium d.l.fin. competat?

XXIV. A quo iudice missio in possessionem ex l.fin. peti & impetrari debeat?

XXV. Ob quam rationem interdictum quod legatorum sit introductum, & vtrum etiam deficiente falcidia competat?

XXVI. An interdictum quod legatorum detur

contra

VOLV-



VOLVMINIS POSTERIORIS DISPVTATIONIS VIGESIMÆ QVINTÆ.

De Interdictis.

Resolutio.

THESIS I.

Lit. A. Quæ. I. *Interdicti vnde sit appellatum?*



De Interdictis dictari ante omnia videndum & inquirendum est, vnde nam nomen interdicti descendat; Hoc enim inter Iuris nostri Interpretes controuertitur.

Et quidem Treutlerus noster dicit Interdictum ab interdicendo esse appellatum. Quæ notatio non est Logica, sed Grammatica; Defendit tamen eam Wesenbec. *in paratitl. ff. de interd. n. 3.* eo quod prætor vtplurimum interdicere ac prohibere soleat.

Veruntamen explosa est hæc notatio ab ipso Iustiniano Imperatore in §. *1. I. de interdict.* Nec immerito: Si enim ab interdicendo seu prohibendo deriuata essent interdicta, dicendum foret istam notationem suo notato longe esse strictiorem, & ideo omnino vitiosam esse: Etenim certum est quod non omnia Interdicto ad interdicendum, seu prohibendum, sint comparata, id quod satis innuit ista interdictorum diuisio, qua diuiduntur in prohibitoria, restitutoria & exhibitoria *d. §. 1. I. de interdict.* Hinc etiam qui è veteribus hanc Grammaticam sunt amplexi notationem in eum præcipitati fuerunt errorem: vt statuerint sola prohibitoria proprie esse interdicta: Reliqua vero improprie solum ita appellari; quos tamen in d. loco reprehendit Iustinianus.

Nec hæc sententia isto defenditur argumento quod omnib. interdictis prohibitio saltem tacita insit Iohann. Corasius *ad L. 1. n. 3. ff. de operis nov. nunciat.* Notationes siquidem omnes à potiori, hoc est ab eo, quod in notato est præcipuum quodque primarium, desumi oportet: Non autem ab eo quod secundario duntaxat aut per aliquam consequentiam rei inest. Quocirca, hoc animaduerso alij interdicta exinde sic appellata fuisse contendunt, quod quasi interim sint dicta. Et rationem huius notationis istam adducunt, quia interdicta principalem controuersiam non dirimant; sed

ſed interea, dum de ea cognoſcitur, iubeant aut vetent quid fieri *§.1. Institut. de interdict.* Etenim de poſſeſſione interdictis ſic interdici ſolet, quo tamen principalis controuerſiæ, quę eſt de proprietate ſeu dominio rei, nondum ſit ſopita, nec in petitorio exceptio rei iudicatæ in poſſeſſorio lata, obſtet; Nec perpetuo ſententia in poſſeſſorio lata valeat, ſed interim duntaxat, donec de proprietate ſit iudicatum. Ioannes Coraſius ad *d. l. 1. num. 3. ff. de operis noui nunciat.* Petrus Frider. Mindanus *in tractat. de interdict. comm. 1. num. 54.* Hermannus Vulteius *ad prin. I. de interdict. num. 31.* Andr. Alciatus *lib. 3. parerg. c. 15. & in l. pecuniæ. 178. §. actiones. ff. de verborum significat.* Iacob. Cuiac. *in paratit. l. ff. & C. de interdict.*

Sed & Donellus *ad rubric. Cod. de interdict. num 3.* Interdicta, quaſi interim edicta, vt interdicere ſit quaſi interim edicere: In interdictis enim prætor, inquit, edicebat & iubebat quid fieri aut non fieri: Edicebat autem interim id eſt vel obiter, vt omnis cauſa poſſeſſionis eſt momentanea *l. vnic. Cod. ſi de momentanea poſſeſſ. l. momentariæ. C. vnde vi.* vel edicebat interea dum de alia re principali contenditur: puta de iure & proprietate rei, per quod tempus decidi ſolet poſſeſſionis atque vſus controuerſia *l. ordinarii. C. de rei vindicat.*

Verum nec illa nec iſta interpretatio locum habere poteſt: Nam ſiue interdicta quaſi interim dicta, ſiue quaſi interim edicta, appellata fuiſſe dicemus ſemper relinquetur quod notatio ſit ſuo notato ſtrictior: Certum quippe eſt quod quædam ſint interdicta, quæ totam quæſtionem finiant: Cuiuſmodi eſt interdictum de aqua quotidiana & æſtiua *l. 1. §. vlt. ff. de aqua quotid. & æſtiv.* & interdictum de itinere actuque priuato *l. 3. §. 13. verſ. itaque qui. ff. de itiner. actuque priuat.* ad quæ tamen neutra iſtarum notationum commode applicari poſſet.

Iuſtinianus *in §. 1. Inſtit. de interdict.* omnia, inquit, interdicta appellari quaſi inter duos dicta: Quæ deriuatio cum legalis ſit, & Iuſtiniani authoritate confirmata, religio nobis eſt ab ea diſcedere.

Sed tamen plerique interpretes eam reprehendere ac reiicere non verentur, & hoc ex iſta ratione quia & arbitrium & interlocutio & ſententia inter duos dicitur, & tamen nihil horum interdicti appellatione inſignitur; quocirca notatio hæc non ſolum inconueniens, ſed etiam largior erit ſuo notato.

Sed ratio tanti momenti non eſt vt aliquem à Iuſtinianea notatione dimouere vel poſſit, vel debeat; Conſtat quippe quod interdicta de ſubſtantia bonæ notationis non ſit vt conuertibilis ſit cum ſuo notato: Id non ſolum demonſtrant exempla notationum mutui, teſtamenti & aliorum, quas cum ſuo notato conuertibiles eſſe, nulla ſane ratione defendi poteſt: Vitioſa proinde eſt illa notatio quæ ſtrictior eſt ſuo notato, ſeu quæ non omnibus notati ſpeciebus conuenit: At vitioſa non eſt quæ latior ſuo eſt notato.

Lit. B. Quæſt. 2. *An definitio interdictorum Iuſtinianea bona ſit correcta?*

Interdicta porro olim erant formulæ & conceptiones verborum, quibus prætor in controuerſiis poſſeſſionum aliquid fieri vel iubebat, vel prohibebat *pr. Inſt. de interdict.*

Hanc definitionem mutatam eſſe, multi opinantur Petr. Freder. *d. tract. de interdict. comm. 1. n. 57.* Donell. *ad rubric. C. de interdict. n. 4. in fin.* Et ratione iſti hac nituntur quod formulæ & ſtrictæ verborum conceptiones hodie ſint ſublatæ prout teſtatur *tot. tit. Cod. de formul. & impetrat. ſublat.* Vnde comminiſcuntur interdictorum definitiones.

Veruntamen hæc ſententia nunquam mihi placuit: Quod enim aiunt formulas ac verborum conceptiones hodie eſſe ſublatas; id duplici ratione huc

huc accommodari & Iustinianeæ definitioni opponi non potest. 1. Quia ex rubrica & inscriptione *d.l.1.* luculentissime relucet quod non primum à Iustiniano sed ab Imperatore Constantino, & sic multo tempore antequam Institutiones iuris compositæ, promulgatæ & in illis præfato interdictorum definitio proposita fuissent: Absurdum proinde est textum Institutionum, vtpote multo recentiorem ex Constantini constitutione, longe antiquiore, emendare: Cum lex prior, siue antiquior non eméder nec tollat posteriorem, sed contra, posterior priorem. Vult itaque Iustinianus, etiam post formulas, *in d.tit.C.* sublatas, interdicta adhuc formulas esse. 2. Quia ipse textus *d. l.1. C.de form.* satis indicat, quod illas duntaxat formulas sublatas voluerit Constantinus, quæ syllabarum aucupatione cunctorum actibus insidiabantur; hoc est, captiosas formulas sublatas voluit, non vero quascunque formulas. Anton.Faber in Codice Fabriano. *lib.2.tit.37.*

Lit. C. Hodie, inquit Treutlerus noster sunt extraordinariæ in factum actiones; Hoc etiã mihi suspectũ est & à veritate nonnihil aberrare videtur: Etsi enim interdicta Iustiniani tempore ab vsu nonnihil recesserint; non tamen actiones esse inceperunt, sed, interdictis sublatis, actiones ipsorum in locum introductæ sunt: Interdicta, vt dixi, esse sublata: illorumque in locum extraordinarias actiones de possessione introductas fuisse, claris & perspicuis verbis testatur Iustinianus in § *vlt.Instit. de interdict.* dum eo in loco ita scribit: *De ordine & exitu interdictorum superuacuum est hodie dicere: Nam quotiens extra ordinem ius dicitur, qualia sunt hodie omnia iudicia: Non est necesse reddi interdictum, sed perinde iudicatur sine interdictis, ac si vtilis actio ex causa interdicti reddita fuisset.*

Pro interdictis igitur hodie dari solent extraordinariæ actiones de possessione. Etenim ita olim moris fuit, vt magistratus ipsi, paucis exceptis causis non cognoscerent, nec iudicarent, sed iudices litigantibus darent, qui de causa cognoscerent: Quocirca & in interdictis ita magistratus iubebat aut vetabat quippiam fieri, vt simul cum interdicto iudicem daret, qui cognosceret an vere intenderet petitor nec ne. Donellus. At hodie, cum extra ordinem regulariter ius dicatur, ipseque magistratus iudicare & cognoscere, non vero iudicem dare soleat, non opus est interdicto, sed perinde iudicatur sine interdictis atque si vtilis actio ex causa interdicti reddita esset.

Sed qualisnam sit actio quæ hodie interdictorum loco dari solet, non admodum conuenit inter Interpretes? Quæst. 3. *Qualis actio sit illa, quæ ex causa interdicti dari solet?*

Sunt enim qui realem, siue in rem actionem esse contendant. Wesenbec. *in paratitl.ff. de interdict. num.7.* Hermannus Vulteius *ad princ. Inst. de interd.n.45. & sequent.*

Hi sequentibus rationibus mouentur. 1. Actiones, inquit Vulteius, deductæ sunt ex duobus fundamentis, potestatis & obligationis, ad quorum neutrum possessio, vnde interdicta nascuntur, referri potest.

2. Sicut dominium ita & possessio consideratur non in persona, sed in re, vt quemadmodum de dominio actio realis est, ita quoque actio de possessione.

3. Actionum nomina metimur ex formulis actionum. At interdicta in rem concipiuntur verbis, non in personam *L.1.§.vlt.ff. de interdict.* vbi notandum est, quod Vlpianus non dicit interdicta formula sua esse personalia, sed tantum vi & efficacia siue effectu eoque ipso innuat, ea quæ effectu sunt personalia, causa sua esse realia.

4. Præterea sic quoque argumentantur: Quæcunque actiones dantur domino & dantur contra possessorem, illæ sunt reales §. *1. Inst. de action. leg. 23. iunct. l. qui petitorio. Digest. de Rei vindicat.* Iam vero interdicta dantur domino & dantur contra possessorem; quod certũ & expeditum est; sequitur itaque quod sint reales & non personales actiones.

Qui interdicta personales actiones esse contendunt, hac ratione vtuntur, quod interdicta fere omnia ex delictis descendant: Iam vero quæ actiones ex delictis descendunt personales sunt §. *1. Inst. de action.* Sic interdictum vnde vi in personam esse, arguit textus expressus *in l. Cum à te 7. Digest. de vi & vi armata.* Idem igitur de cæteris etiam interdictis, quæ ob vim dantur, iudicandũ erit, cum vis maleficium, siue delictum sit. *L. 1. § sed etsi 14. in verb.* in maleficio. *& §. quod agitur. in verb.* maleficii causa & *l. penult. in fine. in verb.* quia ex ipso tempore delicti. *ff. de vi & vi armata.*

Et sane quod interdictum vnde vi sit ex maleficio, fortassis non negabitur; At de interdicto vti possidetis res non ita clara est: Verum & illud ex maleficio descendere hinc colligitur, quod comparatum possessionis contra vim tuendæ causa *L. 1. pr. §. est g tur. ff. vti possid.* Donell. *15. comm. 32. in fine.* vim autem esse delictum, perspicuum est

Et hoc interdictum esse personalem actionem hac etiam ratione euincitur quod dicitur competere in id quod interest, id est quanti actoris interest possessionem retinuisse *l. 3. § vltim. Digest. vti possid.*

Atque sic non est de re nostra, & consequenter nec realis actio. Rei siquidem vindicatio, siue in rem actio datur de re nostra, quatenus nostra est, non vero de eo quod interest nostra.

Sic etiam interdictum de seruitutibus, itinere, inquam, actuque priuato in

Et quidem quod perpetuũ sit & post id datur quod actoris interest, seruitutis vsu prohibitum non esse *l. 3. §. in hoc interdicto. ff. de itinere actuque priuato.* Est deinceps quoque ex maleficio quia contra eum competit qui vim facit, quo minus quis seruitute vtatur.

Idem plane asserendum de interdictis, quæ de aquæ ductu, vel vsu aquæ ductus de quibus sub titulo *ff. de aqua quotid. an. & æstiua. tit. de riuis. tit. de Cloacis.* In summa, omnia interdicta ad vim, quæ ad possessionem alienam auferendam adhibetur, spectantia ex malefic o sunt, & consequẽter personalibus actionibus annumerari debent. Duo saltem excipiuntur interdicta; Vnum de migrando; Alterum de precario; quæ non videntur ex maleficio descendere. Quãquam de priori non iniuria dubitari posset, propter textũ *in l. 1. pr. in verb. vim fieri veto. ff. de migrando.*

2. Pro posteriori sententia, quod scinterdicta sint actionib. personalib. accensenda, produci solet etiam textus *in l. 1. §. 3. ff. de interdict.* vbi Vlpianus ait: *Interdicta omnia, licet in rem videantur concepta vi tamen ipsa personalia sunt.*

Veruntamen certum est, quod & plerique obseruarunt recentiores iuris interpretes, quod textus huius non ista est sententia, quasi interdicta sint in personam actiones, licet conceptio illarum sit realis; sed quod interdicta, etsi in rem id est generaliter & sine designatione alicuius personæ, ad quam dirigantur scripta sint, vi tamen ipsa personalia esse, id est ad certam priuatam personam referri: Etenim interdicta iure ad eum litigatorem pertinent, qui interdicto experitur: Conceptione verborum ad eum diriguntur, cum quo ex interdicto agitur, quem prætor aut iubet aliquid restituere, aut vim facere vetat: sic verb. caus. interdictum de loco sacro ita scriptum est: In loco sacro facere, inve eum immittere:

rere quid veto *l.1.ff.Ne quid in loco sacro.* Hæc verba in rem & generaliter scripta sunt, quasi lex esset; Non enim dicitur, *Te, aut illum veto* sed nihilominus ita accipienda sunt, quasi hoc modo scriptum esset: Te, cum quo agitur, veto, Vt vi ipsa ad personam rei hæc verba referantur. Donell. *ad rubric. Cod. de interdict.* Hubert. Giphanius *ad l.25. num. 11. ff. de obligat. & Act.* Iohannes Corasius *ad l. 1. n.3.ff. de oper. nou. nunciat.*

Interim tamen verissimam iudico posteriorem hanc opinionem: nec admodum moueor contrariis fundamentis.

Quod enim ad primum attinet; sine fundamento negatur quod actiones interdictorum ex obligatione descendãt: demonstratum siquidem est, quod interdicta ex maleficio descendant, siue, quod eodem recidit, oriantur ex obligatione descendente ex maleficio; Vnde etiam firmiter concludendum diximus quod actiones sint personales.

Ad secundum argumentum respondetur, consequentiam negando; Etsi enim interdicta hoc cũ actionibus in rem habent communia quod rem sequãtur, & propter rem eius possessorem; sicque aliquid de natura realium actionũ participent exinde tamen non nisi inepte inferetur quod interdicta sint actiones in rẽ *arg. l.7.C. de reuoc. don.* vbi actio, q̃ datur aduersus ingratos liberos ad reuocandã donationẽ dicitur psonalis esse, sed itavt actionis habeat effectũ; Etsi igitur isthæc actio vim & effectũ habeat realis actionis, nõ tamen exinde in rẽ actio sed actio psonalis dicitur: Adhæc supra ostẽsum est ꝙ interdicta non sint de re mea restituẽda, sed de eo præstãdo ꝙ mea interest, atque sic effectũ potius habeat personalis q̃ realis actionis. §. *fic itaq; discretis. l. de interdict.* Ad tertium *ex d.l.1.§.3.* dẽsumptũ respõsio ex prædictis patet: Nã quinam verus sit istius §.3. sensus, paulo ante ostensum est. Ad quartum argumentũ respondeo maiorẽ propositionẽ limitãdo: Quæcunq; actiones dẽtur domino, quatenus domino, & dantur contra possessorẽ, quatenus possessorẽ, illæ sũt reales: Etenim sunt quædã actiones etiã in personã, veluti actio legis Aquil. q̃ tantum dantur domino, & sunt etiã quædã, quæ duntaxat in possessorẽ dantur *d.l.7.* & tamen in personã sunt. Iã vero interdicta, etsi darentur tantũ domino, non tamen ipsi darentur tanquã domino, neque ex causa dominii, sed potius darẽtur domino tanquã ei cui per vim quid ablatũ, aut qui per vim quid facere prohibitus esset. Deinde nõ semper dantur interdicta aduersus possessores, vt possessores rei nostræ; argumento est quod interdum etiam dantur de eo quod interest nostra *l.3.§.vlt.ff.vti possid.* Malo pro inde interdicta ad psonales, q̃ ad reales actiones referre. Diuidũtur interdicta primo vt sint vel de reb. diuinis, vel de reb. humanis: De diuinis reb. vt de locis sacris, vel religiosis *l.2.§.1.ff.de interd.* Cuiusmodi interdictũ est, *Ne quid in loco sacro fiat.* Item de mortuo inferẽdo, vel sepulchro ædificãdo. Equidẽ magnam olim Romanorũ in sepulchris monumẽtisq; tuendis fuisse studium, satis supetq; illorũ leges testãtur; ꝙ vel illud sufficienter cõprobat, ꝙ ne ad maiorũ monumenta & sepulchra aditus vlla ratione intercluderetur, publicis legib. cauerunt *l.10.& l.12.ff.de relig. & sump.fun.* De reb. humanis cõpetentia interdicta rursus sunt duplicia: Nã quædam illorũ publica sunt, quædã priuata: publica veluti quæ dãtur de flumine publico, itẽq; de itinere alioq; loco publico vt his vti liceat, & ne quid in his fiat quo vsus ille impediatur vel deterior reddatur. Priuata ad rẽ familiarẽ spectãt, à quibus diuersa esse ait Treutl. noster illa interdicta, q̃ vel ad ius vel ad officiũ tuendum. Iuris tuẽdi causa cõparata est in terdictũ de tabulis exhibendis. De quo interdicto illud inprimis cõtrouertitur, anne annuum sit an vero perpetuum?

Lit. D. E. & F.

Quæst. 4. *An interdictum de tabulis exhibend. fit annuum?*

annum quandocunque reddatur, testatur Vlpian. *in l. 3. ff. de tab. exhib.* in cuius §. *final.* ita scribit: *interdictum hoc & post annum competere constat, sed & heredi ceterisque successoribus competit.* Iacob Cuiacius in loco, ab Authore allegato, statuit interdictū hoc de tabulis exhibendis post annum amplius non dari, idque probatum reddere conatur per text. *in tit. 7. lib. 4 recept. sent. Pauli.* vbi dicitur, de exhibitione tabularum testamenti, interdicto reddito intra annum agi posse. Ex quo Pauli loco Cuiacius emendat textum *d. §. vlt. l. 3 ff de tab. exhiben.* & ita legendum censet: *Interdictum hoc & post annum non competere constat.* Emendationis huius fundamentum Cuiacius primo in hoc constituit, quod Paul. ait *id constare*, quasi de eo quod ibidē proponit, dubiū nullum esset. Iam vero si demat ur negatio, non potest dici de eo constare, vel de eo dubium esse, cum Paulus ICtus contrarium eodem tempore scripserit.

2. Hanc præter emendationem eo comprobari putat, quod illis quasi augenda rei gratia subiiciat immediate Vlpianus: *Sed & heredi cæterisque successorib.* competere: Hoc quippe addi nihil opus fuisset, si etiam post annum interdictū istud competeret, cum certissimum sit perpetua interd. cta successoribus competere.

Cæterum à recepta lectione *d. §. vlt.* quo minus recedatur, facit text. *in l. vnic. C. de testib. exhibend.* qua indistinctè infra pubertatem decedentibus post patris mortem filiis, extraneos substitutos hoc interdicto expetiri posse dicitur, cum tamen à morte & eorum patris & eorundem filiorum plures anni intercedere potuerint.

Neque istam Cuiacii emendationem vrget locus Pauli in *d. tit. 7.* Nam satis constat quod istarum Pauli sententiarum, vt & reliquorum veterum Iurisconsultorum scriptorum, quæ quidem in Pandectas & ius nostrum Cæsarea anthoritate relata non sunt, nulla hodie sit authoritas *l. 2. §. hæc igitur omnia. Cod. de vet. iure enucl.* Tantum abest vt ex illis legum receptissima ac constantissima lectio corrigi, mutari & emendari debeat.

Deinde, etsi libris istis sententiarum Pauli plena tribueretur iuris authoritas, constaret nihilominus receptæ lectioni *dict. §. vltimi* sua authoritas nec vlla foret inter Paulum & Vlpianum contrarietas.

Cum enim Paulus *d. loco* ait: interdicto reddito, intra annum agi posse hoc tantum significare intelligitur, post redditum hoc est, petitum concessumque alicui id interd. ctum, intra annum agi posse & debere; Sed hoc & in perpetuis interdictis obtinere notum est, vt postquam reddita fuerint & impetrata, intra annum agi debeat, post annum his locus non sit *argum. l. 3. §. cum procurator. in fin. ff. de vi & vi armata. l. communi diuid. §. Iulianus. ff. comm. diuid.* Illic enim non alia ratione dicitur & post annum reddi interdictum vnde vi de eo, quod ad deiicientem peruenerit, quam vt indicet ex reddito interdicto illo post annum non posse agi, nec in id, quod peruenerit, licet eo nomine perpetuum sit, sed post annum posse reddi, quia id perpetuo cōpetat. Sic & interdicto isto de tabulis exhibēdis reddito, inquit Robertus, intra annum ab eo tempore cōnumerandum, quo redd tum & concessum est. eo agendum est, sed reddi & post annum potest: Id quod & hac ratione confirmat Robertus, quod alioquin non habeatur, ex quo annus connumerari possit. Cum non, vt in aliis interdictis certum aliquod f. ctum appareat à quo anni tēpus certo dinumerari possit. Ad priorem vero Cuiacii rationem, qua emendationem suam tueri nititur, respondet Robertus: verbum *Constare* interdum etiam de illis prædicari, quæ non

non omnino sunt extra dubium; idque emphatice, quasi qui loquitur, pro constante id asserere velit, etsi apud omnes minime constet.

Ad posteriorem vero rationem responsum est à Roberto; *versic. Sed & heredi*, etsi non subiiceretur negatio, nihilominus tamen præcedentia augere; Cum non omnia iudicia, quæ alioquin perpetua sunt, heredibus dentur, sicut de iniuriarum actione constat. § *Non autem l. de perpet. & temp. act. l. iniuriarum. princ. l. de iniur.* Quin etiam negatione ista addita manifestum est non posse versic. istum *sed & heredi.* præcedentibus conuenire: Nam quia superiora non simpliciter augeret, sed iis aduersaretur, esset omnino demenda particula *Et*: Sic enim aduersatiuæ significationem tunc apte retineret hæc coniunctio *Sed*, quam aduersatiuæ vim illi adimit addita ista coniunctio *Et*, quæ aperte indicat superiora continuari aliquidque iis conueniens adiungi: Non autem repugnans.

Quæst. 5. *An interdictum conseruandæ possessionis diuersum sit ab interdicto retinendæ possessionis, & quartam speciem constituit?*

Priuata porro interdicta sunt vel adipiscendæ, vel retinendæ, vel recuperandæ possessionis; An vero, præter hæc tria, quartum sit interdicti genus confirmandæ scilicet possessionis? disquiritur. Equidem Baldus *in cap. 1. in fine. de prohibit. alien. feud. per Frideric.* statuit interdictum conseruandæ vel confirmandæ possessionis diuersum esse ab interdicto confirmandæ possessionis. Baldum in hoc secutus est Alexander *in l. 1. Codic. de Carboniano edict.*

Nituntur vero isti fundamento *l. 3. §. missum. ff. de carbon. edict.* vbi prætor eum, qui ex edicto carboniano missus est in possessionem bonorum, dicitur tueri vel conseruare.

2. Deinde adducunt etiam quod conseruandæ possessionis interdictum locum habet, etiamsi aduersarius non contendit *l. 1. C. de carbon. edict.* Retinendæ autem possessionis remedium datur inter duos litigantes super possessione. §. *Retinendæ. l. de interd. &.*

3. Denique & hanc, aiunt, differentiam esse inter interdictum conseruandæ & retinendæ possessionis, quod retinendæ possessionis interdictum datur contra turbantem extra iudicium: Conseruandæ vero concedatur contra turbantem iudicialiter.

Sed hanc sententiam recte improbat Menochius *in prælud. de retin. poss. n. 15. & seqq.* statuens interdictum istud, quod conseruandæ possessionis appellitant non esse diuersum ab interdicto retinendæ possessionis; Quoniam is reuera conseruat, qui retinet *l. per procuratorem ff. de procurat.* vbi differre ostenditur, eum qui retinet, conseruare quadrimembris ista Baldi diuisio authoritate Iustiniani Imperatoris *in § sequens l. de interdict. & l. 2. §. hæc autem. ff. eod. tit.* vbi trimembris constituitur interdictorum diuisio: At manca & imperfecta illa foret, si quatuor essent species interdictorum.

Nec remoratur hanc opinionem quicquam *l. 3. §. missum ff. de Carboniano edict.*

Respondet enim Menochius: prætorem ita tueri & conseruare illum in possessionem, ac cæteros omnes à se missos iuxta edictum ne vis fiat ei.

Sic etiam non resistit secunda ratio quandoquidem & interdictum retinendæ possessionis veluti interdictum vti possidetis conceditur possessori turbato aduersus turbatorem non possidentem.

Postremum non magis ad rem facit, quandoquidem interdictum vti possidetis, quod retinendæ possessionis est redditur contra turbantem iudicialiter, Menochius *d. loco. & remed. 3. retinend. possessionis. quæst. 40. n. 290.*

Sunt præterea interdicta vel simplicia vel duplicia *l. 2. §. vltim. in fine ff. de interd.* vbi hoc modo scribit Paulus: *Sunt interdicta*

dicta (vt diximus) duplicia tam recuperanda quam adipiscendæ possessionis.

Quæst. 6. *Quænam interdicta sint duplicia?*

Duplicia quænam hoc loco dicantur interdicta, inter Cuiacium & Ant. Fabrum controuersum est.

Etenim Iacobus Cuiacius *4. obseruat. 11. & in Iulio Paulo lib. 63. ad edict. in explicat. d. l. 2. §. vltim* statuit, sola interdicta retinendæ possessionis, veluti interdictum vti possidetis & vtrubi esse duplicia reliqua omnia esse simplicia.

Quam sententiam stabiliri videtur Paulus *in pr. d. l. 2. ff. de interdict.* & Iustin. *in §. Tertia diuisio. 7. I. de interdict.* duplicia interdicta dicuntur esse, vti possidetis & vtrubi.

Verum Antonius Faber quem laudat & sequitur Petr. Frider. Mindan. *in tr. de interd. comm. 7. n. 73. & seqq.* statuit non solum duplicia esse interdicta retinendæ, sed etiam recuperandæ & adipiscendæ possessionis.

Pro qua opinione videtur etiam militare textus *in d. l. 2. §. vlt.* vbi Paulus sic ait: *Sunt interdicta, vt diximus duplicia, tam recuperandæ, quam adipiscendæ possessionis.* quibus verbis hoc Paulus significare videtur interdicta duplicia non tantum esse retinendæ possessionis, sed etiam recuperandæ possessionis: Duplicia nō tamē quod sint adipiscendæ & recuperandæ possessionis simul, sed quia siue sint adipiscendæ tantum, siue recuperandæ tantum, non appareat quis actor in iis aut quis reus dici possit.

Duplicia quippe interdicta, interprete ipsomet Iustiniano, in quibus par vtriusque litigatoris conditio est, nec quisquam præcipue reus vel actor intelligitur; sed vnusquisque tam rei, quam actoris partes sustinet *d. §. Tertia diuisio.*

Exemplum interdicti duplicis quod adipiscendæ possessionis gratia proponitur, ait Faber, sumi posse ex Saluiano interdicto: Etenim si colonus res suas in fundum duorū pignoris nomine intulerit ita vt vtrique domino in solidum obligatæ essent, constat non tantum ipsis duobus dominis aduersus extraneum, sed etiam inter ipsos Saluianum interdictum reddi posse *l. 1. §. 1. ff. de Saluiano interd.* quo posteriore casu vtrumque actorem & reum esse necesse est, priusquam sciatur vtriusque conditio melior esse debeat; cum sibi vterque idem ius afferat & vindicet.

Consimile exemplum est in interdicto *quorum bonorum*, si nempe duobus eiusdem hereditatis bonorumue possessio data fuerit: Hoc enim casu, cum dici non possit, quis actor aut reus esse debeat, duplex interdictum reddi necesse est.

Recuperandæ possessionis duplicis interdicti exemplum habetur in interdicto *vnde vi & vi armata*; Hæc quippe interdicta licet sint restitutoria tamen duplicia esse possunt; vt si forte me ædium aut fundi possessorem tu vi deieceris; Ego autem in continenti te quoq; vi deiecero *vt in l. 3. §. Cum igitur. ff. de vi & vi armata.* Nam si tu aduersus me interdictum impetraueris & ego aduersus te, quod vtrique nostrum se vi deiectum esse dicat, non potest apparere quis actor aut quis reus sit, priusquam constet, quomodo & cui vis facta sit.

Et quanquam Cuiacius aliter interpretetur verba ICti Pauli *in d. l. 2. §. vltim.* quasi, retentis verbis istis, *tam recuperandæ, quam adipiscendæ possessionis.* hæc sententia ICti Pauli futura sit, quod quædam sint interdicta ita duplicia, vt simul adipiscendæ & recuperandæ possessionis sint; Et ideo, quia hoc foret absurdum, ipse Cuiacius præfata verba finalia, vtpote spuria, tollenda aut in sequentem legem reiicienda existimet.

Quo minus tamen hoc fieri possit hæc ratio obstare videtur, quod, reiectis prædictis verbis, cætera verba, quæ in eodem versic final. relinquerentur plane

manca

manca & inutiliter essent adiecta, nec verba ista, *sunt etiam interdicta, vt diximus duplicia*, nec commode explicari possunt.

Nec obstat ratio pro Cuiacio adducta, quod scilicet tam Paulus, quam Iustinianus duplicium interdictorum sument duntaxat ex interdictis retinendæ possessionis, non etiam ex interdictis recuperandæ, vel adipiscendæ possessionis; quodque insuper Iustinianus diserte neget exhibitoria & restitutoria interdicta duplicia esse.

Ad hoc enim respondetur: Interdicta retinendæ possessionis, quæ prohibitoria sunt, magis proprie duplicia dici, ideo quia nequeant esse simplicia, & ipsis etiam edicti verbis ita proponantur, vt non appareat, pro quo, aduersus quem proponantur, sed vtrique ex litigatoribus pari conditione promittantur. Quod in aliis omnibus tam restitutoriis, quã exhibitoriis & prohibitoriis itemque tam adipiscendæ, quam recuperandæ possessionis diuersum est. Cætera igitur omnia, exceptis retinendæ possessionis, interdicta sui natura & origine omnia simplicia sunt: possunt tamen etiam duplicia esse, si quando talis casus contingat, vt in credendo interdicto reus ab actore discerni non possit. At quæ retinendæ possessionis interdicta sunt, sui natura & origine sunt duplicia, adeo vt non simplicia esse possint, *Lit. G.* Hæc ita eleganter Ant. Fab. 2. *coniect. c. 18.*

Inter ictu adipiscendæ possessionis species est interdictum *quorum bonorum* quod bonorum possessori aduersus quemuis detentatorem competit.

Quæst. 7. An interdictum quorum bonorum competat illi, qui edictalem habet bonorum possessionem?

Cum autẽ bonorum possessio duplex sit, edictalis & decretalis, illaque ex edicto sine vlla causæ cognitione & decreto dari soleat: Hæc vero & causæ cognitionem & decretum desideret, prout supra *disp. 6. thes. 2. q. 9.* demonstratum fuit. quæstio est vtrum interdictum quorum bonorum illi solum bonorum possessori tribuatur qui edictalem, an vero & illi qui decretalem bonorum possessionem habet? Et multi in ea sunt sententia quod illi duntaxat atqui decretalem bonorum possessionem habet non vero ei, qui habet edictalem bonorũ possessionem.

Huius autem fundamentum constituunt *in l. 1.* ibi vel ad bonorum possessionem admissum. *ff quor. bonor.* itemque *in l. 2. C eod. tit.* in verb. *recta petita bonorum possessione.* quæ verba decretalem bonorum possessionem significant, siquidem edictalis ex recepta magis opinione est, quæ ex edicto prætoris mortui competit, & ius quærendum respicit oriturque ex ea ius petendi decretalem. Decretalis vero illa est, ex crebriori Dd. sententia, quæ à prætore viuo decernitur & in ea de iure quæsito agitur *l. 1. §. decretalis ff. de success. edict.* Cui consequens est quod in edictali bonorum possessione non sit locus interdicto huic quorum bonorum: Nam si edictalis ius duntaxat quærendum respicit huic sane remedio locus esse non poterit: Cum illi saltem tributum sit, qui iam iuris successor est.

2. Accidit huic & ista ratio quod edictalis bonorum possessio ex edicto conceditur & in abstracto consideratur: Decretalis, quæ in esse deducta est, & peti potest quomodo ergo hoc interdictum daretur pro eo quod non est, sed solo sensu hominis percipitur.

Verum hæc fundamenta magno laborant errore: quem etiam *in d. disp. 16. thes. 2. q. 9.* expresse refutaui. Et ipse quoque Men. *rem. 1. q. 1. n. 9. & seqq. adipisc poss* eundem non nihil taxat: Error autem iste in eo committitur q̃ edictalem bonorum possessionẽ eã definiunt, quæ ex prætoris mortui edicto: Decretalem vero quæ ex viui prætoris edicto defertur. Proinde rem omnẽ bene mihi explicare videtur *d. loco* Men. quãdo ait; bonorũ possessionem in genere vocari edictalem, quia edicto prætoris promissa fuerit & hanc quando

quando alicui certæ personæ non decernitur, generis nomen retinere & in abstracto considerari, & ideo ius quærendum duntaxat respicere. Cum vero bonorum possessio petenti decernitur à prætore & hoc fine controuersia, sine contentione, ex verbis edicti speciale edictalis nomen assumere, quæ edictalis, cum ius quæsitum respiciat, Ius etiam recte tribuat; Et hanc in abstracto nequaquam positam esse, sed possessionem iuris efficere: Et hanc sine causæ cognitione & decreto concedi, quando nullus adsit contradictor *l. 1. §. si quis & l. vbicunque. §. interdum. ff. de ventre in possess. mittend.* Vide quæ de hac re dicta sunt *d. thes. 2. q. 9. disput. 16.*

Quæst. 8. *An interdictum competat heredi ex testamento?*

Dictum est interdictum quorum bonorum dari bonorũ possessori: Hinc quæritur an igitur heredi scripto, siue heredi ex testamento succedentis hoc interdictum non detur?

Sunt qui affirment & huic instituto heredi interdictum quorum bonorum competere, si hereditatem seu bonorum possessionem coram magistratu agnouerit Marant. *in spec. part. 4. distinct. 7.* Sebast. Medic. *de acquir. poss.* Salicet. *in l. 2. C. quor. bon.* Donell. *ad rubric. tit. Cod. quorum bonorum.*

Pro hac autem sententia est textus *in l. 1. Cod quor. bonor.* vbi dicitur, hoc interdictum dari ei, qui probauerit se aut ad hereditatem aut ad bonorum possessionem admissum esse; quæ verba ita accipienda videntur vt hoc interdictum non minus detur heredibus, hoc ipso quod heredes existerunt, quam bonorum possessoribus, agnita apud magistratum bonorum possessione.

Veruntamen contrariam opinionem sequuntur plerique practici, statuentes interdictum quorum bonorum ad causam duntaxat intestati pertinere nec successoribus ex testamento, sed ab intestato solum competere. Bartol. *ad l. fin. Cod. de edict. Diui Hadrian. toll.* Petr. Frider. Mindan. *in d. tract. de interd. tit. 16. n. 26. & sequent.* Wesenb. *cons. 6. n. 93. & consil. 81. num. 9.* Iason & Castrens. *in d. l. final.*

Mouentur autem hac ratione quod in legibus fere vniuersis atque singulis de interdicto hoc loquentibus intestati mentio fiat, vt *in l. 2. ibi.* patruelis intestatę *l. 3. in fine in verbis* intestatæ vxoris *C. quorum bonor. l. final. in verb.* constat virum bonis intestatæ vxoris superstitibus consanguineis esse extraneum, & c. *d. tit.*

2. Deinde si hoc inquiunt interdictum pro causis etiam testamentorum competeret frustra Iustinianus Imperator *in l. fin. C. de edict. Diui Hadrian. tollend.* in eam ipsam rem singularia remedia non introduxisset, cum igitur remedium *d. l. final. C. de edict. D. Hadrian tollend.* sufficiat illis heredibus qui ex testamento succedunt, otiose illis & superuacue interdictum quorum bonorum accommodaretur.

Neque putant huic sententiæ quicquam refragari *d. l. 1. Cod. quor. bonor.* respondent enim eum quoque intelligi bonorum possessionem agnoscere, qui ad hereditatem admittitur: Cum is ad hereditatem admittatur, qui admittitur à magistratu; apud quem quis testatur se hereditatem amplecti. Hoc autem testari apud magistratum annuente magistratu, esse bonorum possessionem agnoscere & accipere *l. vltim. Cod. qui ad bonor. poss.*

Cæterum hæc modo adducta argumenta me plane non mouent vt à priori sententia discedam & posteriori opinioni subscribam.

Etenim negari non potest edicti, quod de hoc interdicto quorum proposuit prætor, *in d. l. 1. ff. quorum bonorum.* verba esse generalia, nec vlcquã distinguere inter causam testati & intestati, inter eum, qui ex testamento, & eum, qui ab intestato succedit.

Deinde

Deinde non videntur fundamenta pro contraria opinione adducta magni esse momenti; Nam etsi *in d.l.2.l.3.& l.fin.* intestati fiat mentio: obseruandum tamen est, istas leges ad certam facti speciem, Imperatoribus propositam, accommodatam fuisse; & quia de tali casu, quo ab intestato successurus interdicto isto quorum bonorum vti volebat, consulti fuerunt Imperatores; idcirco etiam de eodem in specie respondere voluerunt: Alioquin idem in eo, qui ex testamento succedit obtinere, generalia edicti verba demonstrant *in d.l.1. ff. quorum bonorum.*

Nec magni momenti est secunda, quæ adducebatur ratio. Nam etsi remedio *l. fin. Cod. de edict. D. Hadriani tollend.* heredi scripto satis cautum videatur, sæpe tamen vtilius est remedio interdicti quorum bonorum experiri, cum scilicet testamentum aliquam habet cancellationem, aliquodue vitium, prout ad istam obiectionem respondet Bartol. *in d.l.fin. num.15.C.de edict.D Hadriani tollend.*

Quæ. 9. *An interdictum quorum bonorum detur ei in re certa siue in quorum bonorum est instituts?*

Cæterum cum iam probatum ac demonstratum sit quod interdictū quorū bonorū detur heredi scripto; succedit nunc alia quæstio, anne videlicet detur etiam illi heredi qui in quotam saltem bonorum est institutus?

Et quod & huic heredi detur interdictum quorum bonorum exinde patescit, quod illud interdictum ad bonorum vniuersitatem pertinet conceditúrque heredi, qui in vniuersum ius defuncti succedit estq; titulo vniuersali institutus *l.1.ff.quor.bonor.* Atqui is, qui ex certa bonorum quota est institutus, succedit titulo vniuersali. *l. quoties 13. C. de hered. instituend.* Accedit deinceps quod cum remedium *l.vlt.C.de edict. Diui Hadrian. toll.* quod itidem heredi duntaxat instituto conuenit, concedatur ei, qui in quota bonorum est institutus, eidem quoq; dari debeat interdictum quorū bonorum, quod & heredi instituto competere, ostensum est. Sed numquid & ei, qui in re aliqua certa heres est institutus, hoc idem detur interdictum, quæritur? quæstionis huius cardo in eo consistit, vtrum institutus in re certa pro herede an vero pro legatario haberi debeat; Si enim loco legatarii est, interdictum hoc quorum bonorum, quod ad heredes & bonorum possessores pertinet, ei nō datur; sin vero est heres, aut pro herede habetur, tunc indubitate ipsi competit hoc interdictum. Quæritur itaque an, qui in re certa est institutus, sit pro herede, an vero pro legatario habendus?

Et quod non heredis, sed legatarii loco haberi debeat, sequentibus rationibus probatur.

1. *in l. quoties 13. Cod. de hered. instituend.* textus pro sententia hac expressus habetur. Nam ibi Impp. hæc in verba rescribunt: *Quotiens certi quidam ex re certa scripti sunt heredes, vel certis rebus pro sua institutione contenti esse, iussi sunt quos legatarii loco haberi certum est: Alii vero ex certa parte, vel sine parte, qui pro veterum legatariorum parte ad certam vnciarum institutionem referuntur, eos, tantummodo omnibus hereditariis actionibus vti vel conueniri decernimus, qui vel ex parte vel sine parte scripti fuerint.*

Ecce hic Imperator Iustinianus expresse scribit, quod ex certa re instituti sint legatariorum loco, vnde & concludit, quod nec hereditariis actionibus experiri nec cōueniri queat. Qui enim actionibus hereditariis vtuntur vel conueniuntur, vt heredes sint, necessum est, *tot. tit. Cod. de hereditariis actionib.*

2. Et ratio etiam huius satis euidens esse videtur: Etenim heres est iuris vniuersi successor, non vnius rei *l.9.§ heredes. ff. de hered. inst. l. hereditas. ff. de reg. iur. l. nihil aliud. ff. de verbor. signif.*

Vnde necessario sequitur, fieri non posse, vt quis ex re aliqua certa duntaxat sit heres: Implicat quippe hoc manife-

stam contradictionem, ex re aliqua certa heredē esse, & esse iuris vniuersi successorem. 3. Et sane si medienda & æstimanda est institutio heredis ex voluntate ipsius testatoris, vt omnino fieri oporteret, cū vltima dicatur testatoris voluntas, sequitur quod heres non possit esse, quē ex re duntaxat certa testator instituit, cum hæc testantis fuerit voluntas vt non esset vniuersi successor, sed ex re duntaxat certa succederet. Sed rursus ꝙ ex re certa valeat institutio, & qui ita institutus est, sit reuera heres, nec legatarii duntaxat habeatur loco, videtur perspicue admodū pbari *l.1. §.4. ff. de hered. inst.* vbi hæc in verba IC. resp. *Si ex fundo aliquis esset solus institutus, valet institutio, detracta fundi mentione.*

2. Et *in l.35. ff. eod. tit.* Ita Vlp. Ex facto proponebatur quidā duos heredes scripsisse, vnum rerum prouincialium, alterum rerum Italicarum. Et eum merces in Italia deuehere soleret, pecuniam misisse in prouinciam ad merces comparandas; quæ cōparatæ sunt vel viuo eo, vel post mortē nondū tamē in Italiā deuectæ: Quærebatur, merces vtrū ad eum pertineant, qui rerū Italicarum scriptus erat, an vero ad eum, qui prouincialium. Dictum receptū esse rerū heredē institui posse, nec esse inutilem institutionē, sed ita vt officio iudicis familiæ herc. seundæ cognoscentis contineatur, nihil amplius eū, qui ex re institutus est, q̄rem, ex qua heres scriptus est, consequi. Ita igitur res accipietur: Verbi gratia, pone duos esse heredes institutos, vnū ex fundo Corneliano, alterū ex fundo Libiano, & fundorū alterū facere dodrantem bonorū, alterū quadrantem: Erunt quidē heredes, ex æquis partibus quasi sine partibus instituti. Veruntamen officio iudicis tenebuntur, vt vnicuiq; fundus, qui relictus est adiudicetur, vel attribuatur.

3. *In l.74. eod. tit.* Licin. Ruf. ita scribit: *Si ita heres institutus fuerit ex certo fundo, ex certo vsufructu, heres esto, perinde erit iuri ciuili atque si sine ea re institutus fuisset.*

Ecce hic IC. aperte proponit aliquē heredem fuisse ex certa re, nempe ex certo fundo, vel ex certo vsufructu institutū, & dicitur valere heredis institutionem.

Non equidem me latet in Pandectis Florentinis legi, *excepto fundo, excepto vsufructu heres esto.* Veruntamen istā lectionem esse vitiosam, & pro his verbis: *Excepto fundo, excepto vsufructu*, legendū esse, *ex certo fundo, ex certo vsufructu*, demonstrat Donell. *lib.6. comm. c.12.* Idq; his fere euincit rationibus.

1. Quod recte heres ita instituatur, vt res aliquæ certæ excipiātur, & valeat exceptio: Legata, siquidē nihil aliud sunt, q̄ delibationes hereditatis, quibus testator ex eo, ꝙ vniuersum heredis foret, aliquid delibat & excipit ꝙ alicui collatū velit *l. legat. 116. in pr. ff. de legat. 1.* Præterea si heres rebus certis exceptis heres est, & sine illis rebus nihil fit, ꝙ non aperte efficiatur ex verbis testatoris, qui nominatim eas res excipit, nihil opus fuit ad eā probandā sententiā Galli Aquilii authoritate, qua tamen authoritate ea sententia ibidem defenditur. Denique *in d.l.74.* agitur expresse de eo qui institutus erat in rem aliquam certam; ita quippe sonant verba textus: *perinde erit atq; si sine ea re heres institutus esset*: At vero, qui hoc modo instituitur; excepto fundo, excepto vsufructu heres esto; is nō in certam rem instituitur, sed in vniuersum ius defuncti; excepto duntaxat fundo vel vsufructu: Lectio proinde altera illa vulgatis merito præfertur lectioni Pandectarum Florentinarum. Nisi fortassis cum Fr. Duar. *c.3. de heredib. inst.* dicere velimus casum einsmodi illic esse propositū quo heres institutus quis fuerit in cæteras res testatoris excepto fundo, excepto vsufructu. Verū textus reclamat: dicitur enim illic aliquem esse excepto fundo, excepto vsufructu, *heredem*, hoc est, vniuersi

uersi iuris scuccessorem institutum.

Retenta proinde Pandectarum Vulgarium lectione, perspicue exinde procatur, quod ex re certa institutus heres esse possit. Verum enimuero Hug. Don. *li. 6. com. c.* 18. Fr. Duar. *de heredib. instituend. c.* 3. Pet. Gilck. Ioh. Sich. Hub. Giph. ad *l. quotiens.* 13 C. *de heredib. instituend.* prædictas hasce duas opiniones ita conciliant, vt interesse statuant, vtrum is, qui ex re certa scriptus est heres solus sit institutus, an vero cum eo alius.

Nam si solus sit institutus heres, nec ei vllus sit coheres, tum non sit loco legatarii, sed heredis loco habendus; ita vt mentione rei certæ detracta, perinde habeatur ac si pure & absolute fuisset heres institutus, *d. l.* 1. §. 4. *l. si alterius. cum l. seq. ff. de heredib. instituend.* Nec huic obstat, quod heres sit iuris vniuersi successor, & ideo ex re certa esse heres nemo possit.

Resp. Cum dicitur heredem solum ex re certa institutum posse esse heredem, hoc dici intelligitur, eum qui solus institutus est heres, & institutus ex re duntaxat aliqua certa, heredē quidē esse atq; institutionem valere, sed non ex re duntaxat illa certa, sed ex asse, adeoque detracta & reiecta mentione rei certæ, ipsum vniuersi iuris successorem fore.

Nec huic sententiæ rursus obstat, quod testatoris scriptura & voluntas plane huic repugnare videantur: Testator siquidem ipsum non vniuersorum bonorum & ex asse, sed ex certa duntaxat aliqua re successorem & heredem scripsit; ac proinde noluit eum ex asse succedere: alioquin ex asse ipsum instituisset. Etenim fateor scripturam testatoris repugnare, sed quia in ea mentio rei certæ non legitime adiicitur, ideo pro non scripta & pro non adiecta habetur; ita vt ea detracta pure & ex asse heres, institutus intelligatur. Certa n. est iuris regula, quod quotiens aliquid fit, partim legitime, partim illegitime, id quod licite fit valere, neque vitiari per alteram partem inutilem *l.* 1. §. *antepen. ff. de verbor. obligat.* Atqui in proposito testator vult Sempronium sibi esse heredem, id quod vtiliter facit; vult deinde eundem ex re certa esse heredem, quod inutiliter adiicitur, hoc proinde pro non adiecto habetur; atque ita voluntas testatoris in heredibus instituendis obseruari quidem debet, verū ita si legibus etiā sit cōueniens.

Quod si duo sint heredes instituti, tum siquidē vterq; ex re certa, idem quod modo dictū est denuo ex re certa instituto, obseruari debet, vt nempe, cum eos testator voluerit esse heredes, heredes vero ex re certa ex stere non possint propter rationem supra adductam, idcirco detracta mentione rei certæ, vtpote inutili, non saltē ex rebus istis certis, in quas sunt instituti, heredes erunt, sed ex æquis partibus succedent in vniuersam hereditatem: Nec enim est ratio siue causa, cur vnus magis, quam alter pro herede habeatur, cum vterq; eodem modo sit institutus, sed ex re certa.

Quapropter tunc demū, qui ex re institutus est, non erit heres, nec actionib. hereditariis experietur, sed legatarii loco habebitur, quando alius cum ipso pure & simpliciter heres institutus est; hic n. solus heres erit, *d. l. quotiēs.* 13. *C. de hered. inst.* Et sane quęstio hęc nō est friuola, sed satis ardua & grauis; plurimū siquidē refert vtrū is qui ex certa re heres est scriptus, legatarii an heredis loco habeatur, quādoquidē legatarius nihil cōsequi potest præter rē legatā, heres a. in vniuersū ius defuncti succedit, *l. heres in omne ff. de acq. hered.* Præterea legatarius sine vllo onere legatum habet, i. e. nō tenetur creditoribus legatariis, soli heredes rei alienæ obnoxii sunt *l. vlt. C. de hered. actionib.* Quær. 10. *An interdictum quorū bonorum competat filio legitimato?*

Quæritur porro, an hoc interdictum quorum bonorum competat liberis legitimatis? Et quidem Andr. Alciat. *cons.* 389. *n.* 3. indistincte respondet affirmatiue, ex

ue, ex ea ratione quod legitimatus filio vero & legitimo æquiparetur.

At Iac. Menoch. *de adipisc. poss. remed.* 1.*n.*42.ait legitimationis tenorem & modum considerandum esse; Nam si eiusmodi sit legitimatio, vt à vere legitimis nihil differat, quemadmodum illa per subsequens matrimonium, dicendum sit ei concedi hoc remedium, quoniam recepta & vera sit Dd. sententia, legitimatum per subsequens matrimonium esse vere legitimum. Si vero sit facta per principis rescriptum, vel curiæ oblationem, tum videndum sit, anne ex ea idoneus sit factus is filius, vt ab intestato succedere valeat, vel ex testamento; annon sit factus idoneus, vt priori quidem casu interdictum quorum bonorum habeat: posteriori vero non item.

Ego de legitimatis per subsequens, matrimonium nullum penitus dubium subesse reor. Cum enim hi legitimis per omnia exæquentur *cap. Tanta. extr. qui filii sint legitimi.* & instar legitimorum non solum soli, sed etiam cum legitimis succedant § *sui autem.* 2. *l. de hered. qua ab intest. defer.* nulla ratione dubitari potest quin habeant interdictum quorum bonorum: Hoc quippe illis dari qui ab intestato succedere possunt, iam supra fuit demonstratum.

Eadem ratione & illi, qui per oblationem curiæ sunt legitimati hoc interdictum habebunt: Nam & hos, nõ minus atq; legitimos, patri ab intestato succedere, clare atq; perspicue definitũ est *in d.*§.2. Legitimati per rescriptũ principis certis conditionibus ad intestati successionem admittuntur; si nempe .I. pater iustam ob causam matrem liberorum legitimatorum in vxorem ducere nolit, aut ducere non possit *Nouell* 89.*cap.*9.

II. Si liberos legitimos non habeat *Nouell.*74. *cap.*2.*& dict. Nouell.* 89.*cap.* 9.

III. Si & liberi naturales in sui legitimationem consentiant. *d. Nouell.*89. *c.*11.

His igitur tribus concurrentibus circumstantiis habebit interdictum quorum bonorum, vide quæ dixi supra *disp.* 15.*thes.* 2. *quæst.*20.

Quæ. 11. *An interdicto hoc quorum bonorum exceptio dominii obiici possit?*

Si quis interdicto adipiscendæ possessionis quorum bonorum experitur de re hereditaria ab alio possessa, quæritur vtrum possessor recte opponat exceptionem dominii eaque sese tueatur?

Et videbatur dicendum quod exceptio dominii indistincte impediat huius remedii executionem. Cum enim contra eos, qui iusto titulo possident exindeque dominium sibi asserunt, ne quidem petitio hereditatis competat, multo minus interdictum competere debeat; Cũ in pari causa possessor obtinere debeat. Cæterũ Iac. Men. distinguit, vt si quidem exceptio dominii statim & in continenti probari non possit, tunc exceptio non impediat huius remedii executionem, quia cum iudicium hoc summarium sit, nullam admittat exceptionem altiorem requirentem indaginem atque cognitionem. *l. si is à quo ff. vt in poss. legator.* Sin vero exceptio in continenti probari possit, & simul etiam super ista exceptione offerantur probationes, tunc exceptio dominii impediat huius interdicti executionem.

Neq; huic obstat *l. vlt. C. quor. bonor.* vbi absolute dicitur dandam esse possessionem omnibus frustrationibus amputatis; frustratio autem sumatur non pro sola dilatione, sed pro exceptione quauis. Etenim Menoch. *resp. frustrationem* illic sumi pro dilatione frustratoria h.e. quæ longam habet cognitionem, non de ea quæ potest statim probari.

Sed hic quæritur porro, quando dicatur probatio fieri posse in continenti? Et Iac. Men. statuit, totũ hoc arbitrio iudicis relinquendũ esse; qui arbitrari possit, ex continenti dici, quando longa dilatio danda non esset: Si n. inquit, exceptio obiiceretur, ad cuius discussionem necesse

necesse foret testes examinare vel instrumenta antiqua, super quibus disputandum esset, producere, non posset dici probatio in continenti oblata.

Lit. H. Quæst. 12 *An interdictum quorum bonorum detur contra possidentem iusto titulo?* Air porro noster Author præsens interdictum dari aduersus quemlibet possessorem siue detentatorem rei hereditariæ dari. At contra communis est Doctorumm opinio non aduersus quosuis detentatores hoc interdictum competere, sed aduersus eos solum qui pro herede proue possessore possidet *l. 1. ff. quorum bonorum l. 2. C. eod. tit.*

Aduersus eum igitur, qui iusto aliquo speciali titulo possidet hoc interdictum nō dabitur, Donellus *ad rubric. Cod quor. bonor. n. 11.* Math, Wesenbec. *in parat. ff. quor. bonor. n. 7.* Couarruu. *practic. quæst. c. 11.* Menoch. *remed. adipisc. possess. 1. n. 14.* Zuchar. *ad l. final. n. 464. & sequent.*

Et hoc ex ista ratione, quod si aduersus quoscunque possessores daretur hoc interd ctum, frustra *in d. l. 1. ff. quor. bon. & d. l. 2. C. eod.* in specie definiretur bonorū possessionem dari aduersus eum qui pro herede vel possessore possidet.

2. Insuper, cum petitio hereditatis contra titulo possidentem non detur *l. hereditatis Cod. de petit. hereditat.* consequens est, quod nec interdictum hoc quorum bonorum detur in eum, qui iusto titulo possidet.

3. Denique habet hæc res, vti videtur causam iustissimam; quia & res pignori datæ defuncto & bona fide ab herede possessæ hereditariæ sunt *l. itē veniunt ff. de petit. heredit.* Neque ideo heres earum dominus est: iniquum autem foret eum, qui dominus non est, aut certe quem dominum esse non constat, rem domino auferre, aut ei qui pro domino rem bona fide & ex iusto titulo possideat. *l. vlt. ff. de publ.*

Cæterum Petr. Frider. Mindan. *in d. tractat. de interdict. Tit. 16. n. 57. & seqq.* secutus Cacheranum *decis. 56. num. 4.* Afflict. *decis. 119. n. 6. & decis. 228.* Decium *consil. 588. n. 12.* statuit interdictum quorum bonorum contra titulo possidentes, si non directe, saltem vtiliter competere, idq; exemplo petitionis hereditatis, quæ & ipsa, quamuis contra titulo possidentem directe non detur, datur tamen vtiliter *l. Nec vllam 13. §. 10. & 14. ff. de petit. hered.* Quod tamen procedere volunt quando titulus iste acquisitus est post mortem eius, de cuius hereditate agitur, hoc est si titulus iste sit profectus in præiudicium hereditatis ab eo, qui alienandi potestatem non habuit.

Quæst. 13. *An hoc interdictum detur contra eum, qui dolo malo possidere desiit?* Hoc porro interdictum quorum bonorum dari contra eum, qui dolo malo possidere desiit, clare expressum est in *l. 2. Cod. quorum bonor.* dum ibi Imperator, Marco consulenti hæc in verba referi bunt: *Si ex edicto sororis patruelis intestatæ sine liberis defunctæ recte petita bonorum possessione quæsisti successionem ac negotium integrum est, quæ cum moreretur eius fuerunt, secundum interdicti quorum bonorum tenorem ab his qui pro herede vel pro possessore possident, doloue malo fecerint, quominus possidere desierint, tibi Rector prouinciæ restitui faciet.* Cæterum de eo controuertitur anne aduersus eum qui dolo malo desiit possidere, vtile an vero directum detur interdictum?

Iacobus Menoch. *de adipis. possess. remed. 1. n. 66.* contendit vtile solum interdictum contra eum dari. Et pro eadem sententia allegat Decium & Cagnolum *in l. qui dolo. ff. de Reg. Iur.* Bartol. *in l. quanquam. §. Iulianus. ff. de aqua pluv. arcend.*

Sed hanc opinionem suam nulla ratione confirmant; idcirco etiam pleriq; recentiorum iuris interpretum ab eadē recedunt, statuentes quod directa actio contra eos detur, qui dolo possidere desierunt. Ita Donell. *ad rubric. Cod. quorum bonorum.* Petr. Frider. *d. tit. 16. n. 53. & sequentib.*

1. Etenim directa illa dicitur actio

quæ ex verbis aut ſententia legis, vel edict deſcendit: iam vero actio, contra eum, qui deſiit dolo poſſidere, cõpetẽs, ex ipſis verbis & ſententia edicti proficiſcitur: quandoquidẽ in hunc caſum ipſius interdicti verba expreſſe concepta ſunt: Ita quippe prætor edixit. *Quorum bonorum ex edicto meo illi poſſeſſio data eſt, quod de his bonis pro herede aut pro poſſeſſore poſsides poſsideresue, ſi nihil vſucaptum eſſet; quod quis ẽ dolo malo feciſti vt deſineres poſsidere, id illi reſtituas. l. 1. ff. quor. bonor.*

2. Idem clare euincit textus *in l. 2. C. eod. tit.* vbi ſcriptum eſt, hoc interdictũ propoſitum eſſe aduerſus eos, qui pro herede proue poſſeſſore poſſident, doloue malo fecerint, quo magis deſinerẽt poſſidere; & nominatim adiicitur hunc eſſe tenorem interdicti; id eſt hæc interdicto teneri ſeu contineri.

3. Et hæc etiam ſententia conſentanea eſt regulis iuris qui efficitur vt quæcunq; actiones quæcunque interdicta aduerſus eũ dantur, qui poſſidet, detur etiam aduerſus eũ, qui dolo malo poſſidere deſiit, vt ſit par vtriuſque cauſa. Sic enim de rei vindicatione ſcribitur ꝙ detur cõtra eum qui poſſidet aut dolo malo poſſidere deſiit *l. qui petitoria. ff. de Rei vindicat.* Nec quiſquam eſt, qui dubitet, quin detur directa actio in rẽ contra illũ qui dolo deſiit poſſidere. Ita quoque poſſeſſor & qui dolo poſſidere deſiit æquiparantur *in l. parem. ff. de R. I.* vbi Vlp. dicit: *parem eſſe conditionem eius qui quid poſsideat vel habet, atq; eius dolo malo factum ſit, quominus poſsideret vel haberet.* Idemque confirmat Paulus *in l. 131. eod. tit. qui dolo*, inquiens, *deſierit poſsidere, pro poſsidente damnari quia pro poſſeſsione dolus ſit.*

Ex his igitur indubitanter concludẽdum quod directũ interdictũ contra eũ competat, qui dolo poſſidere deſierit.

Quæ. 14. *An interdictum quorum bonorum detur contra eum qui vſucepit pro herede?*

Dictum eſt, interdictum quorum bonorum dari contra eum, qui pro herede vel pro poſſeſſore poſſideat *l. 2. C. quor. bonor*, ſed additur exceptio in ipſo prætoris edicto: *Niſi quid vſucaptum eſſet.*

Hinc diſquirendi anſa ſumitur, anne detur hoc interdictum contra eum, qui ex titulo pro herede quid vſuceperit?

Equidem in prætoris edicto quod de interdicto quorũ bonorum propoſuit *in l. 1. ff. quor. bonor.* hæc verba habentur *ſi nihil vſucaptũ eſſet:* Quæ verba ait Menoch. *d. remed. 1. adipiſcend. poſſeſſ. n. 52.* duplicem habere ſenſum: referri enim primo poſſunt ad pſonã primi poſſeſſoris, quã prætor ſuo edicto alloquitur; vt ſenſus ſit, *ſi nihil à te vſucaptũ eſſet.* vel referri poſſunt ad pſonam illius in quẽ facta eſt alienatio, vt ſenſus ſit; *ſi nihil vſucaptum ſit ab eo, in quem alienaſti.* Sed priorem ſenſum ait Menoch. dubitabilem eſſe ex eo, quod verba illa *& quod poſsideres ſi nihil vſucaptũ eſſet*, priuationem præſupponere videãtur in perſonã illius rei conuenti, quem Prætor alloquitur. Deinde quia præteritũ tempus contineant illa verba & quod poſſideres adeoque ſignificent, illum quem prætor interdicto dicit cõueniendum, iam amplius non poſſidere, nec vſucepiſſe. Adhæc & ideo ad eum contra, quem datur interdictum verba legis nõ eſſe referenda, hæc ratio probare videtur, quod is, qui pro herede poſſidet, vero titulo non poſſideat; is enim in hoc interdicto dicitur pro herede poſſidere, qui reuera heres non eſt, ſed putat ſe heredem eſſe. Nihil autem vſucapi poteſt, niſi quod vero titulo poſſidetur; Vnde etiam receptum eſt eum, qui pro herede hoc modo poſſidet, vſucapere non poſſe *l. vltim. ff. pro herede.*

Sed tamen, his non attentis, concludit Iacob. Menochius, eum, qui hoc interdicto conuenitur, vſucapere & ſi vſuceperit, ſe exceptione doli tueri poſſe. Et hoc propterea, quia tituli pro herede, aut pro poſſeſſore, quo ad effectum vſucapiendi pro legitimis titulis hoc loco haberi debeant quia agenti hoc interdicto obſtaret exceptio dolo facis *l. dolo. ff. de except.*

doli

doli.c.dolo de R.I.in sext. si ergo perfecta est præscriptio is agens repellitur, quia si ad eum res perueniret restituere tenetur: Consimili quippe exceptione excluditur heres agens ex *l.vltim.C. de edict. Diui Hadriani tollend.*

Hugo Donell.*in d.rubric. C.quorum bonorum.n.7.& sequentib* statuit illũ contra quem præfatũ interdictũ datur, vsucapere posse pro herede, quia etsi alias titulus pro herede ad vsucapiendũ non sit idoneus, si tamen eo titulo possidens iustã habuerit causam existimandi se heredem esse vsucapere possit quemadmodũ & in cæteris non veris titulis receptũ est *l.Non solum.§.1.versic.hoc amplius ff.de vsucap.l.quod vulgo.ff.pro emptore.l.vltim.ff.pro suo.* Quod si tamen eo errore vsuceperit, nihilominus conueniri eũ posse efficaciter interdicto quorũ bonorũ & victũ teneri ad restitutionem rei prius vsucapræ.

Verum ego illorũ sententiæ, in proposita cõtrouersia subscribendũ cẽseo, qui statuunt, eũ, aduersus quem hoc interdictũ dirigitur, rem possessam vsucapere non posse, & ideo licet longissimo tempore possederit rem hereditariã, adhuc tamen eũ interdictũ quorum bonorum conueniri quia certissimi est iuris regula, ꝙ sine iusto titulo præscriptio, seu vsucapio nõ procedat *l.24.C.de rei vindicat.* vbi Impp. *Nullo inquiunt, iusto titulo præcedẽte ratio iuris quærere dominium prohibet*: Iam vero titulũ pro herede, prout hoc loco sumitur, nõ esse iustũ & idoneũ vsucapiendi tulũ, plus quã manifestum est, & probat *l. vltim. C. pro herede.* Nec quicquã refragatur *d.l.1 ff quorum bonor.* in qua verba hæc, *si nihil vsucaptum esset*, referri debent non ad eũ, qui hoc interdicto conueniendus dicitur sed ad illum, qui rem, ab hoc acceptam, vsucepit.

Nec quicquam obstat ratio Menochii, siquidem meram continet principii petitionẽ; Cũ hoc ipsum nũc controuertatur, vtrumne tituli pro herede & ꝓ possessore, hoc loco, ad effectũ vsucapiendi sint idonei, & vtrũ agenti interdicto obster exceptio doli. Sic, ꝙ ad sententiã Donelli attinet, puto & eam satis esse lubricam; quia rationi iuris & æquitati repugnat ꝙ res vsucapta & legitime possessori acquisita, ipsi auferri possit *l.id quod nostrum ff.de R.I.* quomodo itaque aduersus eum, qui vsucepit, hoc interdictum quorũ bonorũ institui poterit? Deinde certũ est ꝙ etsi is qui rẽ legitime vsucepit, eam non possideret, tamen ad eam ꝓsequẽdam & obtinendã haberet actionem in rẽ, vtpote dominus eius rei ꝑ vsucapionem effectus. *l.23.pr.ff.de rei vindicat.* Multo magis igitur rẽ vsucaptã possidens, habebit exceptionẽ *l. inuitus. §. 1. ff.de R.I.* Quinimo sic definitur res, quæ in bonis nostris est sita, ꝙ sit ea; quã possidentes exceptionem, aut amittentes ad recuperandũ actionẽ habemus. *l. Rem in bonis.ff.de acq.rer.domin.* Postremo explorati iuris est ꝙ petitio hereditatis nõ datur aduersus eum, qui iusto titulo & priuato possidet *l hereditatem. C.in quib. causs. cessat.* Atqui is, qui vsucepit iure dominus rei effectus est. Quã ob causam maxime iusto titulo & priuato titulo possidet. Igitur à petitione hereditatis & interdicto quorum bonorum tutus erit.

Falsa itaq; immo absurda est sententia Donelli, ꝙ is, qui possidet ꝓ herede vel pro possessore, quiq; interdicto quorum bonorũ conueniri potest vsucapiat rẽ, sic tamẽ vt nihilominus vsucapione ista nõ obstante interdicto possit cõueniri: Hac enim ratione vsucapio in effectu esset nulla, cũ nõ sit vsucapio quæ dominium nõ adiiciat. In hoc porro interdictũ omnia venire, quę sunt hereditaria certũ est, Hoc interdictũ inquit Vlpianus, restitutorũ est & ad vniuersitatẽ bonorũ, nõ ad singulas res pertinet & appellatur quorũ bonorũ & est adipiscẽdæ possessionis vniuersorũ bonorum *l.1. §.1.ff. quor. bonor.* Sed nũquid etiã datur hoc interdictũ de reb. singularib. ab aliquo ꝓ herede aut ꝓ pos- *Lit. T. Quæ. 13. An hoc interdictum detur etiam de rebus singularibus?*

Possessore possessis? Negandum hoc videtur per modo allegatum textum in *l. 1. §. 1. ff. quorum bonor.*

Veruntamen quod de rebus etiam singularib. competat interdictum quorum bonorum haud obscure colligitur ex *l. regulariter & l. licet. ff. de petit. hæredit.* vbi dicitur etiam pro re vnica, licet sit minima competere petitionem hæreditatis: Iam vero indubitatum est quod de quibus rebus competit petitio hereditatis, de iisdem quoque detur interdictum quorum bonorum.

Deinde in *l. 29. ff. de furt.* expresse dicitur de re furto subtracta, quæ proculdubio fuit vnica, dari interdictum quorum bonorum. Et ita statuunt Iacob. Menochius *de adipiscend. possess. remed. 1. n. 80.* Hugo Donellus *ad rubric. Cod. quorum bonor. nu. 10.* Petr. Frider. Mindan. *in tract. de interdict. tit. 16 n. 36. & sequent.*

Non aduersatur huic sententiæ *d. l. 1. §. 1. ff. quor. bonor.* Nam quod ibi dicitur interdictum hoc ad vniuersitatem bonorum, non ad res singulas referri, hoc sic accipiendum est, si persona agentis spectetur; secus vero si spectetur is, cum quo agitur: Et quanquam illic nihil distinguatur, ex ratione tamen iuris illud intelligendum est: Nam cum de conditione actionis agitur, eam metiri oportet ex iure eius cum quo agitur, vt de hoc ipso genere actionis nominatim traditum est in *l. 1. §. 1. ff. si pars hæredit.* Donell. *d. n. 10.*

Ad hæc cum res singulæ petuntur vniuersali iudicio, recte dicitur iudicium istud ad vniuersitatem referri; licet enim res per se sint singulares, quæ petuntur, causa tamen, ex qua petuntur, vniuersalis est: petuntur quippe ex causa hæreditatis Petr. Freder. *d. loco.*

Quæst. 16. *An detur pro reb. incorporalib.?* De rebus hereditariis incorporalibus anne hoc etiam interdicto petantur, quæstio est? Et pro negantiũ sententia facit *l. 2. ff. quor. bonor.* in qua dicitur interdictum quorum bonorum pro iure debiti contra personales debitores non competere. Bartol. *in d. l. 2. & l. 1. §. quod ait in fine. ff. quorum legator.*

Sed contraria sententia crebriori Dd. calculo recepta est; propter sequentes rationes.

1. Possessores prædiorum debentium seruitutem, dicuntur possessores corporum *l. 1. §. generaliter iunct. l. 3. §. vnde vi. & §. sequent. ff. de vi & armata.* Atqui hoc interdictum dicitur aduersus possessores corporum competere *l. 2. ff. quor. bonor.*

2. Præterea interdictum vti possidetis pro rebus corporalibus conceditur *l. 1. §. hoc interdictum. ff. vti possidet.* & tamen illud etiam pro seruitutibus competere constat *l. sicut §. Aristo. si seruit. vindicet.* Consimiliter itaque interdictum quorum bonorum quod de rebus corporalibus competit, de seruitutibus etiam dabitur.

Non obstat contrariæ opinionis argumentum; Nam speciali ratione excipiuntur debitores hereditarii *in d. l. 2.*

Quæst. 17. *An interdictum quorum bonorum contra debitores hereditarios detur?* Quinimo adhuc controuersum est vtrum aduersus debitores hereditarios competat interdictum quorum bonorum. Negant quidem hoc Matth. Wesenbec. *in paratitl. ff. tit. quorum bonor. n. 7.* Menochius *de adipiscend. possess. remed. 1. q. 17.* Donell. *d. rubric. n. 9.*

Affirmant tamen alii, quorum opinionem propugnant Petr. Frederus *d. tit. 16. 60. & sequent.* contendens vtile interdictum contra hos dari.

Pro hac autem posteriori opinione hoc argumentum videatur facere.

Hereditatis petitio & interdictum quorum bonorum pari passu procedunt *l. final. C. de edict. Diui Hadriani tollend.* Atqui petitio hereditatis datur vtique contra debitores hereditarios *l. regulariter, l. Nec vllam §. vltim. l. quod si in diem §. Iulianus ff.*

nus ff. de petit. heredit. d. l. final. C. de edict. Diui Hadrian.

Pro negatiua vero opinione facit textus expressus *in l. 2. ff. quor. bonor.* quo in loco Paulus ita scribit: *Interdicto quorum bonorum debitores hereditarii non tenentur: sed tantum corporum possessores.*

2. Ratio autem, cur interdictum quorum bonorū contra debitores hereditarios non possit intentari, hæc est, quod interdictum hoc sit in rem actio, defunctus autē in debitis, ante factam traditionem nullum ius habuerit, & ideo exemplo defuncti heres actionibus personalibus experiri cogatur. Petitio autem hereditatis, vt quæ non possessionē facti, sed ius hereditarium persequatur, quod etiam apud debitorē est, merito aduersus debitorem istū detur Wesenb. d. loco.

Donellus *d. n. 9.* hac ratione vtitur, quod in petitione hereditatis cōster eum, qui agit, heredem esse; cum aliter non vincat, quam si talem se esse probet, æquum autem sit debitores hereditarios soluere: In interdicto autem quorum bonorum, is qui agit non plene probet se heredem aut bonorum possessorem esse; Hoc vero ita demonstrat: In petitione, inquit, hereditatis, si quis se filiū defuncti esse contendat eoq; heredē patris, nō tantum probare debet se esse filiū defuncti, sed etiā si ex aduerso dicatur eum nō esse ex illo natum, aut eam, ex qua natus est non fuisse vxorem defuncti, aut si vxor fuit, à defuncto cōcipi non potuisse, tum de his exceptionibus eo in iudicio quæri oportet. Est enim petitio hereditatis directū iudiciū, quo in genere plena inquisitio requiritur *l. iudices. C. de iudic.* In interdicto autem satis est si quis se primo filium esse ostenderit in speciem, cui si contra obiicientur exceptiones superiores, hæ in iudicio interdicti non admittuntur, sed differuntur in directū iudicium petitionis hereditatis.

Cæterum Frederus, vt supra ostensum fuit in contraria est opinione atque priora duo fundamēta hoc modo diluere nititur.

Ad primum, ex *d. l. 2.* depromptum, respondet, eam legem de directo quorum bonorum interdicto intelligēdam esse, non vero de vtili: Illud non dari contra debitores hereditarios: Hoc vero dari.

Sic etiam secundum ad rem parum facere existimat: quia licet defunctus in rerum debitarum possessione non fuerit, sufficiat tamen quod fuerit in quasi possessione iuris, pro consequendo debito competentis. Quemadmodum & ea in bonis nostris esse dicuntur pro quibus exceptionem, vel actionem habemus *l. rem in bonis, 52. ff. de acquir. rer. dom.* Insuper, adhuc valde cōtrouersum est vtrum interdictum quorum bonorum in rem an vero in personam sit actio; & supra à nobis demonstratum fuit quod sit actio in personam.

Ad postremam Donelli rationem respondendum videtur in interdicto quorum bonorum de hoc inprimis constare oportere, anne is qui agit, sit heres nec ne: Cum aliter non vincat, quam si heredem se esse demonstret; licet omnes exceptiones in hoc iudicio non sint necessario diluendæ.

Quocirca, his ita remotis, dicendum omnino videtur quod contra debitores hereditarios si non directum, vtile saltem interdictum competat.

Veruntamen ego verissimam iudico Cuiacii sententiam, statuentis interdictum quorum bonorum neque contra debitores hereditarios, neque de rebus incorporalibus competere; Hæc quippe sententia optimo & expresso textu nititur *in d. l. 2. ff. quorum bonorum*, dum illic Paulus ait, *interdicto quorum bonorum debitores hereditarii non tenentur, sed tantum corporum possessores.* quibus verbis non solum præcise, simpliciter & indistincte negatur contra debitores hereditarios

præsens hoc interdictum intentari posse, sed etiā expresse asseritur contra corporū possessores TANTVM illud cōpetere; quæ particula *tantum* est taxatina & exclusiua, atque hoc loco ita generaliter posita, res quasuis, quæ corpora nō sunt, excludit & remouet. Huic igitur textui tam aperto arbitror inhærendū esse. Ratio autē differentiæ inter petitionē hereditatis & nostrū remediū possessorium hæc est, ꝙ interdictū quorū bonorū persequitur corporalē dūtaxat possessionē. qualis possessio non est eorū, quæ in iure consistunt; Eorū vero quasi possessio nō est corporalis, h. est multū corpus subiectū habet: At petitio hereditatis ꝑsequitur ius vniuersum, ꝙ defunctus habuit, his verbis, *si pares hereditatem meam esse.* Hereditatis enim nomē est nomē iuris, non corporis *l. hereditas. ff. de R. I. l. hereditas ff. de petit. heredit.* Vnde ꝑsequitur & actiones & nomina, quæ tamē bonor. appellatione in interdicto quorū bonorū non continētur *l. 1. ff. vi bonor. raptor.* Cuiac. ad *d. l. 2. ff. quor. bonor. l. 20. ad Edict. Iulii Pauli.* Hanc quæstionem, vtrumne interdictum quor. bonor. etiam de annua pēsione cōpetat? difficilē appellat Menoch. Et quidem ꝓ affirmatiua sentētia adduci potest textus *in c. sicut. extr. de re iudic.* vbi quis super annua præstatione aliquot modiorum frumenti interdicto conuētus, ptopon tur. Iacob Menoch. *de adipiscend. posse sione remed. 1. n. 86.* respōdet hūc textum loqui de præstatione reali atq; sic distinguendum censet, inter annuam præstationem realem & personalem: Vt de illa hoc interdictū cōpetat, de hac vero non itē. Etsi vero huius distinctionis nullā se rationem videre scribat Fredetus *d. quæst. 16 n. 35.* statuatq; ꝓ annua pēsione indifferenter hoc interdictū cōpetere, siue ea ꝑsonalis fuerit, siue realis; Eius tamen differentiæ rationē istā reddit Menoch. *remed. 1. recuper. possess.* ꝙ præstationis ꝑsonalis nulla sit possessio etsi status

Quæ. 18. *An interdictum quorum bonorum detur etiā pro annua pensione?*

quidam sit percipiendi præstationem; Interdictum autē ratione possessionis duntaxat cōpetat. Nec obstare videtur *c. querelā extr. de Electione.* vbi annua præstatio sexdecim aureorum vna Ecclesia petebat ab altera Ecclesia sibi restitui.

Nam primo obscurum adhuc est anno ista præstatio realis an vero ꝑsonalis fuerit, hoc e. non apparebat vtrum ratione rei subiectæ, siue prædii, an vero, nulla habita prædii ratione, propter personam annua ista præstatio peteretur.

Deinde non constat etiam vtrum interdicto aliquo an vero alio aliquo remedio restitutorio præstatio ista annua petita fuerit; Et ideo, inquit Menoch. officium iudicis potius vel reintegrandæ ex *cap. reintegranda. caus. 3. quæst. 1.* pinguius remedium motum videri.

Postremo dicitur interdictū hoc quor. bonorum *restitutorium.* Textus est expressus *in l. 1. §. 1. ff. quor. bonor. Interdictum hoc,* inquit Vlp. *restitutorium est.* At obstare videtur huic ꝙ idem interdictum est adipiscendæ possessionis, & ideo cōpetat de possessione, quam prius non habuimus demum acquirenda, siue adipiscenda. Illud porro restitui dicatur quod prius habuimus, verum amisimus.

Lit. K. Quæ. 19. *An interdictum quor. bonor. sit restitutorium?*

Veruntamen etsi verum sit ꝙ verbum restituendi proprie referatur ad ea, quæ à nobis prius profecta, restituūtur nobis; Interdictum tamen de iis quoq; accipitur, quæ prius nostra nō fuerunt, sed nūc primū nobis præstantur *l. 94 ff de verbor. significat.* vbi Celsus, *verbum,* inquit, *reddendi, quanquam significatum habet retro dādi, recipit tamen & per se dandi significationē.* In hac autē abusiua & impropria significatione verbum istud hoc in loco vsurpari, non solum ex inde apparet quod sic restitutorium dicitur vt simul sit *adipiscēdæ possessionis d. l. 1. §. 1;* sed etiā quia hoc interdicto heres non petit eas res quas aliquando possedit; sed quas possedit nunquam *tot. tit. D. g. & Cod. quor. bonor.*

Huic

Lit. L. Quæst.10 An remedium l.fin. C. de edict.D. Hadriani toll.competat heredi ab intestato?

Huic interdicto quorum bonorum affine est remedium *L.final.C.de Edicto Diui Hadriani tollendo*, quo heres, testamentum prima fronte nec nuptum, nec cancellatum producens à cōpetente iudice in possessioné hereditatis mittitur. De hoc vero remedio, vtrumne heredi ab intestato succedenti cōpetat? quæritur: Et sunt qui statuant tam heredi ab intestato, quam ex testamento succedēti hoc remedium competere.

Huius assertionis fundamentum istud est, quod æquitas suadeat hoc beneficio æque succurri ab intestato, atque ex testamento succedenti. Cū succedens ex testamēto tacitā habeat defuncti voluntatem *l.Conficiuntur.l.si quis cum nullum.C. de codicillis.* quæ tacita voluntas sit volūtas præsumpta; Et ideo dispositio de expressa voluntate loquens, extendi debeat ad expressam, maxime quod fauor publicus in exequendis defunctorū volūtatibus, tam expressis, quam tacitis versetur.

Deinde & hanc adducunt rationem quod interdictū quor.bonor. quod huic præsenti remedio perquam affine & simile esse diximus, cōpetat heredi ab intestato succedere *l.2.& l.3.C.quor. bonor.* Igitur etiam remedium *d.l.final.* ab intestato succedenti competet.

Verū contraria sentētia, quā fere ab omnib.com,pbatū esse dicit Menoch.hisce sequentibus rationibus stabilitur.

1. Quia *d.l.final.* expresse loquitur de herede instituto; Quin etiam rubrica illius tituli de scripto herede in possessionem mittendo aperte est cōcepta; Ab intestato autē succedens neque scriptus, neque institutus est; & si idem de herede legitimo sancitum Iustinianus voluisset, rationem nullam omnino habuisset suam constitutionem in specie ac nominatim de instituto herede concipere: proinde ex intentione legumlatoris vnius inclusio recte dicitur alterius exclusio.

2. Quia ad hoc vt istud beneficium locum habeat, requirit expresse Iustinianus, vt scripto herede testamentum ostendatur perfectum ac legitimum. Atqui heres ab intestato succedens non potest pro se testamentū eiusmodi proferre, cum naturalis quædam sit pugna inter hæc duo testatum & intestatum *l. 7.ff.de Reg.Iur.*

3. Quia, vt sit præfato beneficio locus, necessarium est vt ratione constare possit aliquē esse heredem. Atqui de herede ab intestato nō potest notorie constare quod sit heres, quia testes sunt examinādi, partes audiendæ & reliqua iudicialiter tractanda nō si hoc beneficium cōpetet.

4. Quia ratio beneficii *d.l.final.* videtur cessare in herede ab intestato succedēte. Ratio enim ista posita erat in illo vectigali & onere, quo fiscus extraneos potissimum onerare voluit, non vero propinquos; Iam vero legitimi heredes, ab intestato succedentes fere sunt propinqui, vt liberi, parentes, agnati & cognati proximi: Testamentarii autem plerunque sunt extranei.

Huic sententiæ non aduersatur primū contrariæ opinionis argumentū: Etsi enim concederetur ab intestato succedētem habere pro se defuncti tacitā volūtatem, non tamen habet scripturam, siue testamentum quod proferre possit, vti *d.l.final.C.de edict.D.Hadriani*, requirit; Adeoque ad istud obtinendum beneficium non sufficit quæuis præsumpta defuncti voluntas, sed voluntas eius in perfecto testamēto expressa desideratur.

Ad alteram dissentientium rationem respondet Menochius, diuersam esse rationem, quoad præsens negotium, interdicti quorum bonorum & beneficii *dict.leg final.* quoniam in illo interdicto scripturæ nulla habeatur ratio.

Deinde licet magna sit inter vtrumque remedium affinitas; Magna tamen vicissim est inter vtrumque differentia, adeoque ita sunt similia, vt etiam

sint dissimilia, nec argumentum ab vno ad alterum perpetuo concludat.

De hoc porro non leuis est inter Dd. controuersia, anne remedium *d. l. final.* etiam fideicommissario vniuersali tribuatur?

Quæ. 21. *An remedium d.l.final. competat fidei commissario vniuersali?*

Affirmant ab Authore allegati & plerique alii: Mouentur autem in primis hac ratione quod istud remedium deretur scripto heredi, siue heredi instituto, qui pro se testamentum proferre possit *d. l. fin. l. versic. sancimus.* At fideicommissarius vniuersalis sit in testamento, in quo ipsi fideicommissum relictum est, institutus heres, illudque testamentum pro se proferre queat.

Quinimo hoc idem ad eum quoque fideicommissarium extendendum arbitrantur, cui in codicillis est fideicommissum; idq; ex hoc satis solido, vt inquit Menochius, fundamento, quod codicillis accumulentur testamentum ex larga significatione. Igitur cum constitutio Iustiniani, de testamento loquens, sit fauorabilis ad codicillos quoq; extēdi debet *argum. l. filium hab. eo ff. ad SC. Macedon.* Cum præsertim eadem sit ratio in codicillis, quæ in testamento, nempe scriptura, qua hic fideicommissarius manifeste ostendere potest, se vocatum.

Sed huic sententiæ multa obstare videntur. Et quidem primo illud, quod venientes ex codicillis, dicuntur venire ab intestato *l. confirmantur de iure codicillorum.* Et quanquam Menochius respondeat, cum textum de illis intelligendum de directo ex testamēto succedentibus; nihil tamen quicquam eiusmodi in isto textu innuitur, deinde falsum est quod directo ex codicillis succedi possit, & tamen loquitur *d. l. confirmantur.* de illis quibus iure & cum effectu in codicillis fideicommissum relictum est.

2. Insuper obstat quod *d. l. final.* constanter mentionem facit heredis: At fideicommissarius proprie non est heres, sed ab herede distinguitur *tot. tit. ff. & Instit. de SC. Trebell.*

3. Quia toto eoque longo tractatu de SC. Trebell nulla vsquam mentio est facta missionis huius fideicommissario ex *d. l. fin.* competentis.

4. Quod illi qui hoc beneficio vti volunt, necessum habeant ostendere testamentū *d. l. final.* Atqui fideicommissarius cui in codicillis est fideicommissum relictū non potest ostendere testamentū; quia præsupponitur factū non esse. Et licet proferat codicillos, hi tamen testamentum non sunt, vt postea ostēdimus.

5. Quia cum illi, qui in codicillis ad restituendū fideicommissum sunt grauati, vtpote ab intestato succedentes nō gaudeant *d. l. final.* beneficio, idcirco consequens est illud remedium habere fideicommissarios, quibus hereditas relinquitur, cum nemo possit plus iuris in alium transferre quam ipse habet.

Et quanquam Iacob. Menoch. cum Alexandro respondeat, fideicommissarios ab illis, qui ab intestato succedunt nihil consequi, sed potius à lege; illud tamen vel exinde refellitur quod fideicōmisso grauati hereditatē sibi iure acquisitā restituunt fideicommissario ac restituendo eum cum effectu heredē faciunt; vnde etiam fideicommissi restitutio recte modis acquirendi dominium annumeratur *§. l. per quas personas nob. acquir.*

Nec infringit hoc argumentū quod secundo loco respondet Menoch. diuersam esse rationē interuenientes ab intestato & fideicommissarios: quia ab intestato venientes scripturam, qua res manifesta redditur, ostendere non possint, fideicommissarii autem possint.

Nam ad *d. l. final.* remedium non sufficit quāuis proferri scripturā ex qua sibi hereditatē esse delatā probet, sed necessum est proferri testamentum, ex quo se institutum esse probare possit, hoc autem facere non potest fideicommissari-

missarius; Nam Codicillos non esse testamentum, liquido probabitur.

Denique huic quarto argumento non aduersatur, quod postremo loco respondet Menochius non esse bonam consequentiam remedium illud non datur ab intestato venientibus fideicommisso grauatis: Ergo non datur fideicommissariis; quia fideicommissariis detur, cum tamen primis heredibus, vt qui iam adepti sunt possessionem, non concedatur.

Hæc enim responsio meram principii repetitionem continet.

Quocirca ex prædictis fundamentis statuendum censeo quod fideicommissario heredi non competat hoc beneficium *l. final.* maxime si in codicillis ipsi fideicommissum sit relictum. Neque argumentum quod in contrarium adducit Menochius satis est solidum, immo lubrico admodum fundamento & manifestissimo errore nititur: præsupponit enim quod Codicilli sint testamentum & testamenti appellatione veniant: Hoc enim à iuris ratione alienū esse satis edocet *l. 7. C. de Codicill.* Ibi enim hęc in verba rescribitur: *Si idem Codicilli quod testamenta possent, cur diuersum his instrumentis vocabulum mandaretur, quæ vis ac potestas vna sociasset.* Aperte hic Imperator profitetur, testamentis & Codicillis diuersa nomina esse tributa: Quod si hoc, certe codicillis testamenti nomen attribui non potest.

Veruntamen non desunt, qui in contrariam authoris nostri sententiam concedant. Quod enim codicillus recte dicatur testamentum, & sit etiam species testamenti, statuunt Iason *in l. 14. Cod. de testam. n. 2.* Bocerus *tractat. de iurisdict. c. 2. n. 3. & sequent.* Iac. Menoch. *de præsumpt. lib. 4. præsum. 3. num. 6. & seqq.* Alciat. *resp. 215. num. 3.*

Producunt primo *l. non codicillum. 14. C. de testament.* Sed ille textus potius probat, quod codicillus non sit testamentum, cum in eo diserte codicillus opponatur testamento.

2. Proferunt deinceps *l. 3. §. si quis codicillos.* Verum & illic oppositio fit testamenti & codicillorum. *Si quis*, ait Vlpianus, *codicillos aperuerit, testamentum non aperuerit, in edictum incidit.* Nec ad rem facit, quod subiicit: *Nam & codicilli ad causam testamenti pertinent.* Nam exinde non licet inferre, quod codicilli sint testamentum; hactenus enim duntaxat ad causam testamenti pertinent, quatenus testamento sunt confirmati.

3. Adducunt *l. vltim. C. de codicill.* sed & in ea consimilis habetur codicillorum oppositio.

4. *In l. si quis. 22. in pr. eod.* dicitur, *Eodem testamento vel codicillis.* Sed quid tum postea, anne exinde sequetur, codicillis vel larga significatione testamentū appellari? Et an nunc potius particulæ disiunctiuæ sua natura diuersa distinguunt.

5 In medium quoque profertur *l. Pamphilo. 39 §. 1. ff. de legat 3.* vbi testator dicitur, qui duntaxat fideicommissum reliquit codicillis.

Sed nec hoc magni est ponderis, cum ille qui præ lia per fideicommissum reliquerat, potuerit testamentum etiam fecisse, in eoque de cæteris suis bonis disposuisse, ratione cuius testamenti testator dicatur.

6. Denique à Notatione ad notatum ita inferunt; Notatio testamenti, qua exinde sic appellatum dicitur, quod sit testatio mentis, competit codicillis, quia & ipsi de mente & vltima voluntate codicillos facientis testantur: Igitur sunt testamentum.

Veruntamen & hæc illatio vitiosa est: Argumentum quippe à Notatione ad Notatum non valet affirmatiue, quotiens notatio cum suo Notato non est conuertibilis.

Cum igitur, vt hactenus perspicue

est demonstratum, codicilli appellatione testamenti minime veniant, sed potius hoc nomen ipsis diserte denegetur, consequens est quod perperã testamento ad codicillos fiat illatio, nec protenus illud quod nominatim & expresse testamento tribuitur, idem codicillis quoq; tributum censeri debeat.

Nec me quicquam mouet quod ait Menochius eandem esse hic rationem testamenti & codicillorum quia & fideicommissarius possit scriptura in continenti docere quod sit vocatus: Nam obseruandum est, beneficium immissionis *in d. l. fin.* non tribui in genere illis qui scriptura qualicunque docere possunt, quod sint vocati, sed iis demum, qui ex testamento perfecto ostendere possunt se heredes institutos esse: Sic enim Iustinianeę constitutionis verba sonant: *Sancimus vt si quis ex asse vel ex parte institutus competenti iudici testamentum ostenderit non cancellatum neque abolitum &c.* Non vult igitur Iustinianus iudici cõpetenti quãcunque scripturam ostendi, sed testamẽtum, & quidem tale testamentum in quo quis institutus sit; quæ omnia de fideicommissario, codicillos proferente, dici non possunt.

Quæ. 22. *An hoc beneficium l. final. detur substituto?* An porro detur hoc *l. final.* remedium substituto, quæritur? Et non dari, concludendum videtur.

1. Quia instituto heredi hoc dari remedium, expresse sancitur *in d. l. fin. §. sancimus.* substitutus autem non est heres institutus, cum heredi instituto aperte opponatur *in l. 1. ff. de vulgar. & pupill. substit.* Idque etiam diuersi tituli, qui tam in codice quam in Digestis & Institutionibus de institutione & substitutione heredum habentur, satis dilucide testantur.

2. Quia etsi substitutio esset heredis institutio & substitutus recte diceretur institutus, quia tamen sub conditione, si scilicet primo loco institutus heres non fuerit, ille institutus censeretur; Idcirco vel ex hac causa ad ipsum beneficium *d. l. final.* non pertineret: Nec enim illud remedium sibi arrogare potest qui sub conditione institutus est, cũ pendente conditione institutus non sit vere ac proprie heres *l. si quis sub conditione. ff. si quis omiss. caus. testam.*

Sed neutra ratio tantæ est prægnantiæ vt sententiam istam sustinere valeat. Etenim tribuitur remedium *d. l. final.* heredi instituto, qui pro se testamentum producere valeat; Iam vero substitutionem esse heredis institutionem & substitutum esse institutum heredem hisce sequentibus fundamentis euidenter demonstrari potest.

1. *In l. ex facto. §. Lucius Titius. ff. de vulg. & pupill. substitut. l. 55. & l. 57. ff. de heredib. instituend.* substitutio diserte appellatur institutio.

2. Qui plures certo ordine substituit, dicitur in plures gradus instituere *pr. l. de vulg. substitut.* Ergo substituere heredem est heredem instituere.

3. Qui sub hac conditione, si Titium heredem instituisset, substitutus est, dicitur conditioni paruisse, si vel secundo vel aliquo inferiori gradu Titium instituerit *l. Mulier. §. final. de condit. institut.* At satis non fecisset conditioni, quæ de institutione concepta erat, si substitutio non esse heredis institutio; cum quænis conditio in specifica forma implenda videatur.

4. Omni composito nomini inest simplex; vt igitur subscriptioni inest scriptio, ita etiam substitutioni, verbo composito inest institutio.

5. Postremo instituere nihil est aliud, quam statuere quem quis sibi post mortem suum velit esse heredem & successorem: Qui autem sibi substituit, statuit vtique quem sibi velit heredem & successorem post mortem suam.

Nec quicquam facit ad rem quod *in d. l. 1,*

d. l. 1. ff. de vulgar. & pup. substitut. institutus & substitutus sibi inuicem opponuntur; quodq; de instituendis & substituendis heredib. diuersi extent tituli in iure nostro. Nam institutionis verbũ in iure accipitur dupliciter, generaliter ac specialiter, perinde vt adoptionis verbum modo generaliter capitur, modo specialiter: Quapropter cum in iure nostro institutio opponitur substitutioni, tunc nomen institutionis sumitur specialiter pro ea, quæ fit in primum gradum, adeoque substitutio opponitur non omni institutioni, sed certæ solum institutionis speciei, Atq; sic prior ratio contrariæ opinionis corruit. Ad alteram respondetur substitutio dari hoc beneficium demum post euentũ conditionis, h.e. postquam conditio sub qua facta est substitutio, extiterit; quo tempore substitutus vere est heres, & institutio eius iure censetur facta. Quod si ante defectum conditionis controuersia sit inter institutum & substitutum, dubitandum non erit, quin, quod præsens remedium *d. l. final.* institutus præferatur substituto. Deinde etsi, pendente conditione, heres sub conditione institutus non consequatur hoc remedium si suo nomine petat, obtinet tamen illud, si petat quasi administratorio & procuratorio nomine *arg. l. si quis instituatur. 23. ff. de hered. instituend.* Iac. Men. *remed. 4 adipisc. possess q. 39.* Et hanc sententiam atque distinctionem sibi quoque probabilem videri ait Hub. Giph. ad *d. l. final.* quia sub cõditione scriptus, vel in diem incertum potest bonorum possessionem petere, licet pendeat adhuc conditio, & res, vt hereditarias administrare *d. l. si quis sub conditione. ff. si quis omiss. caus. testam.* Quapropter licet substitutus ante conditionem existentem suo nomine non possit petere immissionẽ ex *d. l. final.* nomine tamen procuratorio siue administratorio id facere poterit.

Sed nunquid fisco, ab herede scripto indigno hereditatem auferendi, hoc competat remediũ, controuersum est? Quæst. 23. *An Fisco hoc remedium* d. l. fin. *competat?*

Videtur n. hoc prima fronte negandum, idq; ex hoc fundamento quod soli heredi instituto, testamentum, in quo institutus est proferendi remedium istud competat *l. fin. §. sancimus.* fiscus autem in casu proposito non sit heres, cum is, à quo tanquam indigno, hereditas aufertur, non desinat esse heres. *l. ex facto. §. vlt. ff. de vulg. & pupill. substitut.* multo minus in testamento heres sit institutus.

Veruntamen cum Zuch. concludit Menoch. quod fisco remediũ *d. l. fin.* non sit denegandum. Tametsi n. ipse fiscus non sit heres in testamento institutus adeoque sua ex persona beneficium istud sibi arrogare nequeat; tamen illud ex persona eius indigni, cui successit: Sic n. fiscus detrahit falcidiam non ex sua persona sed ex persona indigni *l. Etiã C. ad L. Falc.* Quæ. 24.

Sed à quonam iudice missio ex *d. l. final. C. de edict. Diu. Hadrian. tollendo.* petenda & impetranda sit? quæritur: Dicit n. Iustin. à competente iudice eam peti & impetrari debere. At quisnam sit competens iudex; porro quæritur? Et constans est sententia Dd. eum dici competentem iudicem qui in possessionem bonorum mittere potest cuiusque territorio subiectæ sunt res, de quarum possessione agitur. Donell. & Giph. *ad d. l. fin. C. de edict. Diu. Hadr. toll.* *A quo iudice missio in possessionem* ex l. fin. *peti & impetrari debeat?*

Solus porro is in possessionem mittere potest, qui iurisdictionem & mixtum habet imperium, quoniam missio in bonorum possessionem magis est imperii, quam iurisdictionis *l. iubere. ff. de iurisd.*

De magistratu municipali dubitatur, vtrumne is, hac in causa, pro competenti iudice haberi debeat?

Sunt enim qui adfirment. 1. Quia hæc missio fit iure actionis, non officio iudicis nobili.

2. Quia

2. Quia res hæc celeritatem deſiderat, Ea autem quæ celeritatem deſiderant à magiſtratu expediri non poſſunt *l.1.& l.4.ff. de damn. infect.*

Et quidem crebriori Dd. calculo recepta & comprobata eſt hæc ſententia quod magiſtratus municipalis non poſſit in hac cauſa dici competens iudex: Non quidem quia immiſſio ex *d.l. final.* eſt mixti imperii, magiſtratus autem municipalis ea, quæ mixti ſunt imperii non habet; Hoc quippe poſterius falſum eſſe ſupra fuit demonſtratum ſub *thes. 1. Lit. C. diſput.24.* ſed idcirco potius quia miſſio in bonorum poſſeſſionem magis eſt imperii, quam iuriſdictionis *d.l. iubere*; quæ autem talia ſunt, municipali magiſtratui non competunt *l. 26. ff. ad municipal.* Donell. *ad d.l. final. num.*11.

Nec obſtat quod hæc immiſſio non fiat iure actionis, ſed nobili iudicis officio: Nam hoc falſum eſſe exinde relucet, quod immiſſio eſt mixti imperii, vt oſtendimus; Cui conſequens eſt quod nobili iudicis officio expediatur.

Sic etiam non obſtat quod res iſta celeritatem deſideret: Nam hoc falſum eſt; Et deinceps duo ſaltem caſus ſunt quibus ob celeritatem rei, magiſtratui municipali ea quæ magis Imperii, quam iuriſdictionis ſunt committuntur, cautio damni infecti & ex eadem cauſa in bonorum poſſeſſionem miſſio, cætera prætor ſuæ iuriſdictioni reſeruauit.

RESOLVTIO THESIS Secunda.

Lit. A. SEquitur interdictum *Quod legatorum.* Definitur hoc ab Authore quod heredi aduerſus legatarium datur in hoc, vt rem propria authoritate occupatam reſtituat.

Etſi enim legatarius etiam ſine vlla heredis præſtatione efficitur rei legatæ dominus ipſo iure *l.à Titio.64.ff.de furt.l. Legatum ita ff. de legat. 2.* nihilominus tamen placuit eum hactenus dominum eſſe, vt rem legatam non propria authoritate occuper, ſed eam à manu heredis accipiat. Si contrafecerit, tum interdicto hoc rem legatam heredi reſtituere cogitur.

Hoc vero idcirco ſolum receptum eſt quoniam heredis intereſt rem legatam totam recipere, vt ea recepta ſuo iure quartam retineat, quam ex lege Falcidia habere & retinere debet. Quæſt.25. *Ob quam rationem interdictum quod legatorum ſit introductũ, & vtrum etiam deficiente falcidia competat?*

Veriſſimum proinde mihi videtur quod alii ſtatuunt propter quartæ deductionem ſolam hoc interdictum quod legatorum introductum fuiſſe.

Idque etiam ſatis euidenter probat textus *in l.vnic C. quor.legator.* dum illic Imperatores Dioclet. & Maximin. hæc in verba reſcribunt: *Heredi ſcripto ſatis idonee lege Falcidia, ſi exhauſta legatis ſucceſſio probetur per quarta retentionem proſpectum eſt. Vnde ſi legatarius vel fideicommiſſarius non conſentiente patre tuo, quem aſſeueras patri ſucceſſiſſe ob bonorum poſſeſſionem accepiſſe, relicta ſibi legata aut fideicommiſſa detinuit, ſecundum ſententiam interdicti quod aduerſus legatarios ſcriptis heredibus propoſitum eſt, oblata ſatisdatione, quam præſtari oporeet in poſſeſſionem te conſtitui vt ita retentione competenti vtaris, experiri potes.*

Hiſce verbis clare atque perſpicue ſignificatur, legatarium hoc interdicto ſolum idcirco ad rei legatæ, propria authoritate occupatæ reſtitutionem teneri, quo heres quartum ſuum ex lege Falcidia, de legato deducere vel retinere poſſit.

2. Et ſane ſi conſtaret in legato legi falcidiæ non eſſe locum, & nihilo minus tamen heres rem legatam, à legatario occupatam, hoc interdicto ſibi reſtitui poſtularet, iure ipſi exceptio doli opponi poſſet, eo quod dolo faciat eam rem petendo, quam teneretur ſtatim legatario

legatario restituere *l. dolus. ff. de dolo malo. l. dolo. ff. de reg. iur.* Nec enim heres hoc interdicto rem legatam recipiens eam retinet, sed eo saltem, quod ex lege falcidia sibi debetur, deducto, residuum legatario restituere cogitur, vt postea ostendemus: Si igitur in re legata falcidianæ deductioni locus non esset, totam cogeretur confestim legatario restituere & consequenter, si eam sibi præstare hoc interdicto peteret, dolo manifeste faceret.

3. Accedit & ista ratio quod nulla competat actio, nisi illi cuius interest, præsertim hoc in interdicto quod saltem illi datur, ad quem res legata pertinet; nec in eo alia condemnatio est, nisi in id quod heredis interest *l. vltim. §. ex hoc ff. quod legator.* At heredis nihil interest rem legatam recipere, si res tota legatarii est & eam acceptam hæres cogitur legatariis restituere.

Quocirca verissimum est propter solam falcidiæ deductionem heredi interdictum quod legatorum dari; ita vt quibus casibus Falcidiæ locus non est, illis interdictum hoc deficiat. Concludunt proinde Iac. Menoch. *remed. 2. adipiscend. possess. num. 112.* & Iac. Cuiac. *in paratitl. C. quor. legator.* Quotiens constet falcidiam non esse detrahendam, totiens cessare hoc interdictum, vtpote ratione eius cessante: Cum vero constat falcidiam esse detrahendam, aut de eo dubitatur, tunc demum locum esse interdicto.

Non moueor contrario dissentientium fundamento quod nempe ratio edicti quę *in l. 1. §. 2. ff. quod legat.* adducitur, sit generalis; quia dicit ICtus idcirco rem legatam, à legatario propria authoritate occupatam, hoc interdicto auferri, quia æquissimum sit prætori visum, vnumquemque non sibi ipsi ius dicere, occupatis legatis, sed ab herede petere. Nam ratio hæc non est generalis; sed eo solum casu procedit & locum habet, quando in re occupata ius aliquod vel interesse alius sibi constitutum habet: Alioquin rem propriam, à nemine detentam, vel occupatam, & in qua nullum ius sibi alius vindicare potest, occupare, non est sibi ipsi ius dicere, sed iure suo vti. Et tunc demum sibi ipsi aliquis ius dicit, quando de re controuersa est in qua alius sibi ius quoddam constitutum esse prætendit, ipse statuit & pronunciat.

Equidem casus in contrarium ab Authore allegatus nostræ conclusioni plane non obstat. Nam si hereditas ita ære alieno grauata est vt heres non possit quartam suam habere saluam, nisi ea de legato deducta, interdicto tunc locum esse certum & indubitatum est. Sin vero sit quidem grauata hereditas ita tamen vt extra legata integram & saluam habere possit falcidiam suam heres, ratio certe nulla est cur contra legatarium heredi hoc interdictum quorum bonorum concedi debeat.

Minus ad rem facit exemplum quod adducit Zal. *in d. l. 1. ff. quor. bonor.* dum ait tunc, quando res aliqua in genere fuerit legata, aut res duę alternatiue sint legatę, quia eo casu electio sit penes heredem & quia intersit heredis eligere, idcirco rem ipsi restituendam esse, atque interdictum quod legatorum competere, etiamsi falcidiam suam saluam habeat heres.

Hæc, inquam, obiectio ad rem parum admodum facit; nititur quippe falso fundamento ac principio, dum præsupponit, in casu, quo res aliqua in genere, aut duæ res alternatiuæ legatæ sunt, electionem esse penes heredem & non penes legatarium; quod falsum esse demonstrat. *§. si generaliter. I. de legat. l. 13. l. 37. pr. ff. de legat. 1.* vide quæ de hac electione scripsi supra *disp. 13. thes. 5. q. 23. huius poster. volumin.*

Datur porro hoc interdictum omni

heredi non solum ei qui iure prætorio heres est & bonorum possessor vocatur, sed etiam qui de iure ciuili est heres. Ita enim IC. *in l. 1. ff. quod legator.* in genere dicit heredi hoc interdictum dari, non distinguens vtrum de iure ciuili, an de iure prætorio sit heres; Et qui iure ciuili in hereditatem succedunt, proprie dicuntur heredes; cæteri vero dicuntur bonorum possessores & heredis loco esse *pr. I. de bonor. possess.* Et quanquam sint qui heredi de iure ciuili vtili duntaxat interdictum dari velint; solide tamen exinde refutantur quod *in d. l. 1. & sequentib.* interdictum hoc heredi concedi & ideo non solum sententia edicti, sed etiam ex verbis eius concedi putandum est, quoniam generaliter, absolute & indistincte legitur. Vt taceam quod *in d. l. 1. §. quia autem. hoc tit.* Vlp. diserte scribit interdictũ hoc ab eodẽ institui posse, à quo potest institui hereditatis petitio. Iam vero certum & indubitatum est quod petitio hereditatis directa ei detur, qui iure ciuili est heres. Postremo rationem dubitandi plane nullam video, ob quam in dubium hæc sententia reuocari possit. Menoch. *remed. adipiscend. poss. 2. n. 11.*

Lit. B. Quæ. 26. *An interdictum quod legatorum detur contra fideicommissarium, præsertim vniuersalem?*

Datur hoc interdictum quod legatorum, prout ipsum nomen indigitat, contra legatarium. Hunc quippe casum illud continere vt quod quis legatorum nomine non ex voluntate heredis occupauerit, id restituat *l. 1. §. 2. ff. quod legator.*

Sed vtrũ etiã contra fideicommissarium competat quæritur? Et quidem de fideicommissario singulari non magna potest esse dubitatio; siquidẽ constat quod æquiparetur legatario, nullaque amplius sit differentia inter fideicommissarium singularem & legatarium, inter fideicommissum singulare & legatum §. 2. *I. de legat l. 1. & 2. Cod. comm. de legat.* Quin & ante Iustinianum interdictum quod legatorum etiam contra fideicommissarium, fideicommissi nomine, competiisse statuit Ræuard. *3. var. 4.* atque eo referendum putat, quod *in l. 1. ff. de legat. 1.* scribit legata fideicommissis exæquata esse; quoniam Vlp. libri sexagesimi septimi ad edictum maximam partem in interpretandis interdictis quorum bonor. & quod legatorum consumpserit; Cum igitur sic prætoris edictum conceptum fuisset: *Quod legatorum nomine non ex voluntate heredis occupasti, id restituas heredi;* & quæsitum esset de eo, qui aliquid non legatorũ, sed fideicommissorum nomine occupauerat, anne interdicto quorum bonorum conueniri posset? Responsum fuisse ab Vlpiano, ait Ræuardus, *per omnia exæquata esse legata fideicommissis,* h. e. interdicto quod legatorum sic legatorum appellatione fideicommissa contineri, vt quæ de legatis prætor interdixit eadem quoque de fideicommissis esse interdicta censeantur. Et hoc quidẽ dubium non habere dixi.

At de fideicommissario vniuersali, siue herede fideicommissario res magis est dubia. Equidem contra hunc quoque dari istud interdictum statuunt Iacob. Menoch. *remed. 2. adipiscend. possess. q. 7. n. 23.* Bart. Castr. & Alex. *in l. Paulus resp. si certa. ff. ad Trebell.* Petr. Freder. Mindan. *de interd. tit. 17. n. 35.* vbi scribunt heredem etiam aduersus fideicommissarium, qui hereditatem, ea iacente, in totum vel pro parte occupauit hoc interdicto recte experiri ad id, vt legatarius vel fideicommissarius decedere & restituere teneatur. Et in hanc sententiam quoq; Treutl. noster inclinare videtur.

Faciunt autem pro ista opinione subsequentia argumenta.

1. Probari videtur ista opinio per *l. 1. Cod. quod legat.* in verbis: *Vnde si legatarius vel fideicommissarius non consentiente patre tuo, &c.* Dum enim illic Imperator vult interdictum quorum bonorum ad fideicommissarium non minus atq; ad legatarium pertinere, nec distinguit inter

ter fideicommissarium vniuersalem & singularem non videtur lex restringenda ad fideicommissarium singularem; Nec obest quod Imperator ibidē mentionem facit legis falcidiæ, quæ alias in legatis duntaxat & fideicommissis singularibus locum habet; cum satis constet appellatione falcidiæ Trebellianicam interdum contineri *l. 1. §. fi. ū, qui quadraginta. ff. ad SC. Trebell.*

2. Præterea si conceditur hoc interdictum quod legatorum contra fideicommissarium singularem, sicut illud concedi certum est, qui tamen non potest cogere heredem adire hereditatem & fideicommissum restituere; Multo magis dabitur contra heredem fideicommissarium, qui potest cogere heredem vt adeat hereditatem & eam restituat *l. cogi. ff. ad Treb.* 3. Adducit etiā noster Author text. in *l. 1. §. 13. ff. q̄ legator.*

4. Postremo non parū pro eadem opinione facit q̄ in fideicōmisso vniuersali par ratio sit, quę in legato & fideicōmisso singulari: Idcirco enim dictū est de legatis, à legatario absque heredis consensu occupatis, hoc interdictum quorum bonorum dari quia iniquum foret legatarium sibi ipsi ius dicere occupando rē legatam, Maxime cum heres facultatem habeat detrahendi quartam falcidianam, si legatis aut fideicommissis grauata fuerit hereditas.

Veruntamen, etsi opinio hæc teste Ripa *in d. l. 1. ff. quod legator.* communis sit, & admodum plausibilibus argumentis ac fundamentis nitatur, ei tamen subscribere nullo modo possum.

Etenim plus quam certum est edictum prætoris, quo hoc interdictū q̄ legatorum est introductum, nominatim atque in specie de legatis conceptum fuisse; atque sic ipso edicto ad legata restrictum esse. Quamuis vero legata sint fideicommissis per omnia Iustiniani constitutione exæquata sint legatis, ista tamen exæquatio ad fideicommissionis hereditates minime extendi debet: Hæ enim qua ratione legatis exæquari potuissent, cum legatum sit modus acquirendi dominium singularum rerum, nec sit successio in vniuersitatē *pr. I. de legat.*

Nec magnopere vrgent in contrarium adducta argumenta: Nam quod ad primum attinet, loquitur quidem *d. l. 1.* de fideicommissario, atque aduersus eum interdictum quorum bonorum dari asseritur, veruntamen nulla plane ratio cogit eam constitutionem de fideicommissario vniuersali interpretari; sed potius quod ad singularem fideicommissarium restringi debeat, hæ rationes suadere videntur.

1. Quia interdictum, quod contra legatarium & fideicommissarium dari ait, ratione legis falcidiæ introductum esse dicit. Falcidiam autem ad legata & fideicommissa singularia duntaxat pertinere, nec in vniuersali fideicommisso locum habere, adeo certum est, vt nulla ratione negari possit. Et quanquam fortassis alicubi appellatione falcidiæ Trebellianica comprehendatur, exinde tamen minime sequitur quod etiam *in d. l. 1. C. quod legator.* eodem significatu nomen falcidiæ sumatur. Ad hæc nemo dubitabit, quin falcidia improprio in significatu trebellianicæ tribuatur: A propria autem significatione verbi non est recedendum in dubio, nisi manifestissimum fuerit hoc sensisse legumlatorem. *l. Non aliter. ff. de legat.* 3.

2. Et ideo quoque *d. l. 1. C. quod legator.* ad fideicommissarium singularem restringi debet, quia confert fideicommissarium &, legatarium; Atqui solus singularis fideicommissarius recte confertur cum legatario, non autem fideicōmissarius vniuersalis, vt ostensum fuit.

3. Denique lex ista prima expresse se refert ad interdictum prætoris quod legatorum: Atqui interdictum illud ad so-

la pertinuit legata & fideicommissa singularia, quæ legatis fuerunt exæquata non etiam ad fideicommissa vniuersalia. Nam si hæc quoq; prætor suo edicto complecti voluisset, ad quid, obsecro, legatorũ in specie mentionem fecisset?

Ad secundum argumentum itidem expedita est responsio; Nam quo casu fideicommissarius cogit heredem institutum adire hereditatem & sibi restituere, tota hereditas aufertur heredi instituto; ita vt ipse nihil sentiat commodi, nihil etiam incommodi, Hoc autem casu absurdum foret heredi instituto dari interdictum.

Ad tertium fundamentum, ex *d.l.1.§.13.* desumptum respondetur, eum textum non loqui de fideicommissario vniuersali, de quo nunc nobis est quæstio, sed conceptum duntaxat esse de legatarii & fideicommissarii singularis successore vniuersali; ibidemque hoc solum quæri, anne interdictum hoc, sicut in legatarium & singularem fideicommissarium datur, ita etiam detur in legatarii & fideicommissarii heredes & singulares successores? Et ita etiam ipse Men. *d remed.2.num.26.* textum istum accipit & interpretatur, vt proinde ab Authore nostro plane extra terminos propositæ quæstionis allegatus videatur.

Ad quartum & vltimum respondetur: Cum prætor ipse suum edictum ad legatarios restrictum voluerit, nostrum non esse absque auctoritate legis, contra prætoris mentem illud ad vniuersali fideicommissa extendere. Deinceps licet huiusmodi extensio admitteretur hoc tamen ex ea necessario sequeretur quod non directum, sed vtile solum interdictum contra vniuersalem fideicommissarium detur, descenderet enim non ex edicti verbis, sed ex mente solum & sententia prætoris deduceretur. Porro quæstionis controuersæ est, anne interdictum quod legatorũ detur contra eum qui officio iudicis missus est in possessionem rei legatæ?

Quæ. 27. *An interdictum detur contra eum qui authoritate indicis missus est in possessionem rei legatæ?*

Nam pro affirmatiua sententia facit quod is, qui ita missus est in possessionem legati, non videatur recte atq; legitime legatum consecutus, quia iudici non sit potestas mittendi legatarium in possessionem ex suo officio, cum tres duntaxat actiones proditæ sint legatario ad suum legatum consequendum, nempe actio ex testamento personalis, actio in rem & hypothecaria §. 2. *l. de legat.* non autem missio in possessionem ex officio iudicis.

2. Quin potius missionem in possessionem priuatus abolet ac fieri prohibet Imperator *in l.1, §.1. in verb.* missionem in possessionẽ penitus aboleri. *C. cõm. de legat.* 3. Et quod cõtra missum à prætore in possessionem detur hoc interdictum expressus est textus *in l.1. § quæsitum 9. ff. quod legator.* vbi hoc modo scribitur: *Quæsitum est, si quis legatorum seruandorum causa missus sit in possessionem, an hoc interdicto teneatur ad restitutionem? Mouet illud primum; quod non possidet is, qui missus est in possessionem legatorum causa, sed potius custodit; Deinde quod prætorem habet huius rei authorem: Tutius tamen erit dicendum, hoc interdictum competere. Maxime si satisdatum sit iam legatorum nomine, nec recedat. Tunc enim etiam possidere videtur.*

4. Hisce rationibus & hæc addi potest quod etsi per istam immissionem, officio iudicis factam, vitium clandestinæ aut violentæ possessionis occupationis excusetur vel purgetur, non tamen propterea cesset interesse heredis, ob quod tamen principaliter hoc interdictum fuerit introductum.

Cæterum pro contraria sententia militare videtur primo, quod eo casu, quo officio iudicis in possessionem mittitur legatarius, cesset ratio, ob quam datur interdictum quod legatorũ contra legatarium rem legatam occupantem:

Ratio

Ratio enim ista adducitur, quod æquissimum prætori visum sit, vnumquemq; non sibi ipsum ius dicere, occupatis legatis, sed ab herede petere *l.1.§.2.ff. quod legat.* Iam vero is qui iudicis & magistratus officio atque authoritate ingreditur possessionem non potest dici sibi ipsi ius dixisse argum. *l. non est singulis. ff. de Reg. iuris.*

2. Facit pro eadem sententia quod legatarius non potest dici rem legatam temere occupasse cum is temere agere dicatur, qui stulte & inconsulte agit: Qui autem authoritate iudicis agit, temere facere non videtur cum consulte agat *l.1.§ quæsitum in verb. deinde quod prætorem habet huius rei authorem. Digest. quod legator.*

3. Accedit præterea quod iudex possit legatarium mittere in possessionem rei legatæ; nec illud sustulerit *d. l. 1. C. commun. de legat.* quia eam saltem missionem in bonorum possessionem aboleri iubet qua ita legatarii mittebantur in bona legata vt deinceps illis rei vindicatio vel alia aliqua actio concederetur; hanc missionem quia in vtilem circuitum & ambages subtiles quasdam continuerit, ait Menochius ob id sublatam esse.

Ego, vt quod mihi videtur, ingenue aperiam, priorem sententiam longe veriorem esse arbitror, nec admodum refragari videntur, quæ modo ex Menochio sunt adducta.

Nam ad primum argumentum respondetur, interdictum quod legatorũ non ad eum duntaxat finem fuisse introductum ne legatarius sibi ipsi ius dicat, neue sua propriaque authoritate possessionem rei legatæ occupet atque ingrediatur; sed idcirco potius vt heres suam falcidiam absque magno onere atque molestia saluam & integram habere possit; Id quod supra prolixius à me demonstratum fuit.

Deinde animaduertendum est quod non saltem hoc dicatur ob id fuisse introductum interdictum quod legatorũ quia *æquissimum prætori sit visum vnumquemque non sibi ipsum dicere, occupatis legatis*; sed quod insuper addatur & hoc, *sed ab herede petere*, quocirca & propterea interdictum istud introductum est, quia æquissimum sit legatarium legata ab herede petere, quod certe non facit is, qui officio iudicis, nolente herede, in possessionem legati mittitur.

Ad secundum responsio patet ex iam dictis: Tametsi enim authoritas iudicis à temeritate excuset atque violentia legatarium: Non tamen propterea dicendum cessare interdictum ob interesse heredis à prætore inductum. Idque vel maxime probat textus *in l. 1. §. quæsitum. ff. quod legator.* Tametsi enim illic qui missus erat à prætore in possessionem legatorum, authoritate prætoris fuerit subnixus, non tamen propterea interdictum quod legatorum cessare voluit, sed illud adhuc competere rutius existimauit Petr. Freder. Mindan. *in tractat. de interdict. tit. 17. n. 50. & sequent.*

Ad Tertium respondetur, etsi verum esset quod prætor adhuc hodie facultatem haberet legatarium in possessionem legati mittendi, non tamen ex eo sequeretur quod non possit interdicto quod legatorum conueniri *d. l. 1. §. quæsitum. ff. quod legator.* Deinde, Cuiacio teste, loquitur ille textus *d. l. 1. Cod. comm de legat.* de solenni missione, quæ herede non existente soluendo aduersus extraneos fiebat; Vnde certe nihil potest inferri, quod quidem aduersus propositam assertione faceret.

Concludendum igitur existimo quod ille, qui in rem sibi legatam, officio iudicis, missus est, interdicto quod legatorum conueniri possit.

Quæritur insuper vtrum hoc interdictum quod legatorum detur contra legata- Quæst. 28 *An interdi-*

NNNnn 3

Actum quod legatorum detur aduersus eum qui tempore mortis testatoris rē fine vitio possidet?

legatarium, qui tempore mortis testatoris fine vitio rem legatam possedit.

Negandum hoc videtur Bartolo *in l. 1 §. si quis ex mortis n. 1. ff. quor. bonorum* Castrent. & Alexandr. *in l. lineam. ff. ad L. Falcid.* Ripa *l. 1. pr. n. 15. ff. quor. bonor.* Alciat. *Respons. 150. in fine & Respons. 607. n. 3.* Menoch. *remed. 2. adipisc. possess. n. 57.*

Mouentur autem hac ratione quod in proposito casu cesset ratio, ob quam interdictum quorum bonorum competit, vt quæ in eo consistat, ne propria authoritate, atque temerarie possessionem rei legatę occupet atque apprehendat legatarius.

Et quanquam nonnulli statuant interdictum quod legatorum dari aduersus hunc legatarium, si non directum, vtile tamen, cum non videatur licuisse rē legatam legatario ita apud se retinere reluctante herede per *d. l. lineam. ff. ad L. Falcid.* Huic tamen rationi alii quidam respondent, *in d. l. lineam.* causam à nostro diuersum proponi, quia ibi fit sermo de re, quæ apud legatarium fuerit præter testatoris voluntatem.

Veruntamen, quod nihilominus in proposito casu contra legatarium detur interdictum quod legatorum verius esse existimo. Etenim ratio præcipua, ob quā hoc interdictum fuit introductum, locum habet in hoc legatario, quod scilicet propter falcidiæ deductionem inter sit heredis ac simul æquum sit legatarium non occupare rem legatam, sed à manu heredis potius eam accipere.

Quod vero ad rationem Menochii ac cæterorum attinet, falso illa nititur principio, quia interdicti quod legatorum ratio non ex eo, quod legatarius sibi ipsi ius dixerit; sed potius ex illo quod heredis intersit falcidiam deducere, repeti debeat.

Et sane, quicquid etiam dissentientes dicant, sententia hæc nostra clare & perspicue probari videtur *l. lineam. 26. Digest. ad L. Falcid.* cuius hæc sunt verba. *Lineam margaritarum legauit, quæ mortis tempore apud legatarium fuerat: quæro an ea linea heredi restitui deberet, propter legem falcidiam? Respondit, heredem posse consequi, vt ei restituatur: at si nolit posse vindicare partem in ea linea, quæ propter legis falcidiæ rationem deberet permanere.*

Nec verum est, quod aiunt dissentientes, ibi rem legatam contra voluntatem testatoris apud legatarium fuisse; Nam hoc dicunt solum, non vero probant; Et contrarium multo est verisimilius: Si enim contra voluntatem testatoris fuisset verbi gratia, penes Titium, non sane testator rem ipsi legasset; Denique nihil ad propositum referre videtur, an res, quæ postea legata est, à legatario tempore mortis ipsius possederit, volente, an vero inuito testatore.

Tertio videndum & tractandum est de interdicto Saluiano: Hoc vero est illud interdictum quod datur locatori aduersus colonum ad possessionem rerum pignori obligatarum, acquirendam; Saluianam dici hoc interdictum à Saluio prætore, qui suo edicto illud primitus introduxit, extra controuersiam positā esse existimo: Sed vtrum à Saluio Iuliano, illo perpetui edicti compilatore ac composito re ita fuerit appellatum incertum est? Afferunt hoc quidem plerique iuris interpretes, sed mera coniectura, nulla vero solida ratione subnixi: Et quod Saluius Iulianus non fuerit Author huius interdicti Saluiani, cōcludit noster Treutlerus exinde quod ipse Saluius Iulianus in hoc edictum de interdicto Iuliano fuerit commentatus, prout demonstrat inscriptio *l. 1. ff. de Saluiano interdicto.* Lit. C.

Sed, quanquam non existimem hac de re certi quid haberi posse, non tamen arbitror argumentum nostri Authoris satis esse validum: Notissimum quippe est Saluium Iulianum fuisse Authorem Edicti

Edicti perpetui: Sed tamen edicto isto perpetuo, Cæsarea Authoritate composito fieri potuit vt commentarium in illud edictum scripserit. Verum hæc quæstio non est alicuius momenti & ideo nec operæ precium esse duco huic inutili controuersiæ diutius inhærere.

Lit. D. Quæ. 29. An soli locatori competat Saluianum interdictum?

Dictum est, hoc interdictum dati *Locatori*, id quod etiam *tot. tit. Dig.* de Saluiano interdicto satis euincit.

Sed numquid soli locatori de possessior e rei sibi pignoratæ competat? quæstionis est admodum controuersæ?

Pro illorum sententia, qui statuunt quod aliis etiam debitoribus de rebus sibi oppigneratis competat, facit textus *in L. 1. C. de precar. & Saluiano interdict.* verba eius hæc sunt: *Si te non remittente pignus, debitor tuus ea quæ tibi obnoxia sunt venundedit, integrum tibi ius est ea persequi, non interdicto Saluiano (id enim tantummodo aduersus conductorem debitoremue competit) sed Seruiana actione, vel quæ ad exemplum eius instituitur, vtilis aduersus emptorem exercenda est.* In hoc textu Doctores primo ponderant generalissima verba *debitor tuus*, quæ ad solum locatorem, cui tacitum pignus in inductis, inuectis & illatis in prædium locatum, constitutum est, restringi & referri non debent, sed vti sunt generalia, ita ad quemcunque debent referri debitorem cui obligatæ sunt pro debito pignota.

2. Insuper considerantur verba etiam ista, *Conductorem debitoremue*, quibus conductor à debitore distinguitur; contra vtrumque vero, iam debitorem, quã conductorem, datur Saluianum interdictum. Cui omnino videtur consequens esse quod hoc interdictum ad solum locatorem non debeat restringi.

3. Quibus & hæc accedit ratio quod quibus de rebus datur actio Seruiana; de iisdem quoque competat interdictum Saluianum. Iam vero constat quod etsi Seruiana actio directa in causis locationis tantum locum habeat, vtilis tamen, vel quasi hypothecaria actio pro rebus à quocunque debitore tacite vel expresse pignori nexis competat. *§. item Seruiana. I de act.* Quapropter sequitur q & interdictum Saluianum non solum de rebus locatori pro mercede oppigneratis, sed & de rebus cuicunque creditori, pro quocunque debito, obligatis, competat.

Et ita quidem Menoch. Wesenbec. *in parat. D. de Saluiano interdict. n. 3.* Iacobus Cuiac. *ibid. & 5. obseruat. 24* Hermannus Vulteius *ad §. 2. I. de interdict. n. 9.* Hubert. Giphanius *in tit. C. de precar.* Petr. Freder. Mindan. *in tractat. de interdict. Tit. 17. n. 15.*

Sed contrariam sententiam sequitur Treutler, noster, quam etiam defendunt Hugo Donel. *ad L. 1. C. de precar. n. 3.* Iacob. Menoch. *adipiscend. possess. remed. 3. n. 21. & sequentib.* Petr. Heig. *ad d. §. 2. n. 3. I de interdict.* Habet autem ista opinio hoc potissimũ fundamẽtũ q constanter in iure nostro hoc interdictũ ad res colono tacite oppigneratas refertur; nec vllus est text. quo aduersus alium, quã conductorẽ, vel alii, quã locatori, hoc interdictum detur.

1. Adducunt, Menoch. & Sarmientus & istam rationem, q ideo detur soli locatori hoc interdictum quia res illatæ & inuectæ à conductore in domum cõductam videantur quodammodo possideri à locatore.

Sed hanc rationẽ refellit Giphanius ex eo, quod falsum sit locatorem possidere res conductoris: Si enim, inquit, possideret eas, non esset ei opus hoc interdicto, q datur possessionis adipiscẽdæ, nõ vero retinendæ vel recuperandæ causa.

Ego, saluo aliorũ iudicio, posteriorem hanc sententiam iudico esse verissimam.

Ad primum vero argumentũ cũ Petro Heigio & Hugone Donello sic censeo respondendum, nomen *debitoris*, pro ratione subiectæ materiæ, ad conductorem restringendum esse, quia ex aliis textibus, in quibus de Saluiano agitur

agitur interdicto, constanter locatoris & conductoris fit mentio, nec vllus alius proferri potest quo alii & aduersus alium illud detur, quam locatori aduersus conductorem.

Ad secundum respondetur, quòd in eadem *l. i. C de precario.* dicitur, interdictum hoc aduersus conductorem debitoremue competere, orationem esse disiunctam, quæ pro coniuncta accipi debeat; vt sit sensus; aduersus conductorē, qui & idem debitor sit competere, quoniam si debitor esse desisset pignus solutum esset: Nititur autem hæc interpretatio vsu iuris recepto, vbi sententia ita exigente, modo conducta pro disiunctis, modo disiuncta pro coniunctis accipimus *leg. sæpe Digest. de verbor. significat.*

Ad Tertium & postremum argumentum respondetur, maiorem propositionem veram esse de vera actione Seruiana, non autem de actione Saluiana; id quod *d. tit. Digest. de Saluiano interdicto.* satis superque comprobatur. Verum igitur est quod quibus de rebus competit actio Seruiana, de iisdem quoque rebus detur Saluianum interdictum; at falsum est quod quibus de rebus datur quasi Seruiana actio, de iisdem detur quasi Saluianum interdictum, quia nusquam illius quasi Saluiani interdicti in iure nostro fit mentio.

Quæ. 30. *An interdictum vtile Saluianum detur inquilino de re illata & inuecta in domum conductā?*

Cum porro interdictum Saluianum nominatim detur colono de re in prædium rusticum illatum, quæritur anne vel vtile saltem detur inquilino de rebus in prædium vrbanum iuductis, inuectis & illatis?

Qui negatiuam tuentur sententiam, hisce argumentis eam propugnare nituntur.

1. Ei qui vere possidet, non datur hoc interdictum adipiscendæ possessionis, quoniam eam demum adipiscimur possessionem, quam prius non habuimus. *§. hoc interdictum quoque ff. de interdictis.* Iam vero locator possidet res in domum illatas & pignoris iure sibi nexas *l. solutum. §. solutum. ff. de pign. act.* vbi locatori conceditur actio pigneraticia pro inuectis & inductis in prædium vrbanum ac pigneratitia pignoris traditionē præsupponit & per consequens possessionem *l. qui pignoris. ff. de acquir. possess. l. cum notissimi. §. 1. eod. de præscript. 30. vel 40. annor.* Quod ipsum porro & ista ratio confirmare videtur quod pigneratitia non soleat concedi nisi res interueniat, & tradita restituatur *§. vltim. Instit. quib. mod. re contr. obligat.* Nec denique fit proprie pigneratitia, nisi res ad creditorem transeat *l. si rem alienam. § proprie. Digest. de pign. act. leg. quibus. Dig. de verborum significat.*

2. Deinde interdictum hoc Saluianum dari pro rebus in prædium rusticū illatis, dubium plane nullum est & diserte probat *§ hoc interdictum. l. de interdict.* idque fortassis propterea quod bona ista expressa pactione obligantur; quæ sane nominata & expressa pactio cessat in illatis & inuectis in prædium vrbanum.

3. Postremo cum verba Saluiani interdicti sint tantummodo de illatis in prædium rusticum concepta, non debent ad inducta & inuecta in prædium vrbanum extendi.

Etsi autem sententiam hanc serio defenderit Cynus *in l. certi iuris. §. vltim. Cod. locat.* non dubito contrariam opinionē longe esse veriorem, quod scilicet de inductis in prædium vrbanum interdictum Saluianum, si non directum, tacitum tamen concedatur.

Quam opinionem hæc defendit ratio, quod licet verba edicti Saluiani sint de illatis & inuectis in prædium rusticū, quia tamen mens interdicti conuenit huic quoque casui, cum prædium vrbanum locatur & in illud res inuehuntur;

tur; idcirco vtile interdictum de istis rebus datur.

Ad primum argumentum contrariæ opinionis respondet Menochius, falsum esse quod locator res in prædium vrbanũ inductas vere possideat: Cum enim ignorat locator prędii vrbani *d. l. certi iuris C. locat.* nulla ratione effici potest vt dicatur possessionem nactus esse; Cum sine animo solo corpore possessio nõ acquiratur *l. 3. §. 1. ff. de acquir. vel amit. possess.* Et, si non possidentur à locatore prædii rustici, quæ in illud sunt illata & inuecta *d. §. interdictum quoque.* Cum tamen in eorum contrahenda hypotheca locatoris scientia tacitumque pactum interueniat *d. l. certi.* quanto fortius dicendum erit, non possideri hęc illata in prædium vrbanum, in quorum obligatione scientia locatoris non consideratur.

Quod vero ad *d. l. solutum. § solutum.* respondetur, eum textum de isto casu loqui, quo locator post moram solutionis, à conductore factum, illa includit & retinet loco pignoris donec sibi satisfiat: Nam tunc post inclusionem possidere dicitur.

Non aduersatur etiam *secundum argumentum* Cyni; quandoquidem quod vel scientia, vel expressa pactio operatur in illatis & inuectis in prædium rusticum, idem c[illegible]tatur sola illatio & inuectio in prædium vrbanum; sunt quippe locatori æque obligata.

Ad *tertium argumentum* responsio patet ex prædictis & maxime ex ratione nostræ sententiæ. Quinimo, inquit, Menochius, etsi interdicti verba vere non sint de prædio vrbano, attamen maior est ratio vt illata inuectaque in prædium vrbanum sint obligata, cum præcipue ob vrbani prædii locationem tacita hypotheca & per consequens hoc interdictum sit introductum. Etenim magna olim Romæ turba & multitudo erat pauperum inquilinorum qui in alieno & conducto habitabant, neque præter necessariam & curtam suppellectilem quicquam habebant, vtpote opifices, qui manu & artificio quotidiano victum quærebant, qui iis ignotis alioquin & peregrinis ædes locabant, vt sibi cauerent, solebant pacisci vt inuecta & illata saltem pignori essent pro mercede habitationis seu pensione. Non solebant itaque domini illis locare sine aliquo pignore: Hoc vero, cum in more esset, & esset etiam iustum, vt occurreretur ingratorum hospitum perfidiæ & locatoribus consuleretur, placuit, vt haberetur pro cauto & conuento, etsi fortasse in locatione expressum non fuisset: Hoc autem, cum non, nisi Romæ introductum esset, eo exemplo adductus Iustinianus Imperator, idem Constantinopoli & aliis in prouinciis Imperii Romani *l. vltim. Cod. in quibus causis pign. vel hypothec.* Quæ ratio tanta non erat, cum prædium rusticum locabatur cuius fructus pignori erant, Menochius *d. remed. 3. num. 52.*

Ex his proinde relinquitur, aduersus inquilinum dari interdictum vtile Saluianum.

Sed vtrumne etiam aduersus tertium rei pigneratæ possessorem, causam à conductore habentem, detur, difficilis est quæstionis?

Affirmant Neguzantius *in tractat. de pignorib. part. 2. membr. 4 n. 133.* Iacob. Menochius *d. remed. 3. adipiscend. poss. num 55. & sequentib.* Iacobus Cuiacius *lib. 5. obser. uat. 24.* Roberr. Maranta *part. 4. distinct. 7. n. 11. in fine.* Wesenb. *in paratitl. Digest. de Saluiano interdict. n. 3.* Petr. Freder. *de interdict. tit. 18 n. 5.*. Hugo Donell. *ad l. vnic. C. de Saluian interdict. n. 5.*

Et hanc sententiam quod directum interdictum Saluianum non solum aduersus conductorem, sed alium etiam quemcunque rei inuectæ taciteque oppigneratæ possessorem detur, hisce sequen-

quentib. argumentis cõfirmari videtur.

1. In *l. 1. §. 1. ff. de Saluiano interdicto* Iulianus ICtus nominatim & expresse dat interdictũ Saluianum aduersus extraneos; neq; addit, *interdictum vtile*, vnde colligitur illum directum dare. Nam, si vtile intelligeret in proposito, adiecisset, quemadmodum prius fecerat in ea specie, de qua proxime responderat.

2. Accedit quod si hoc interdictum aduersus conductorem tantũ daretur, foret plane inutile, cum aduersus conductorem abunde sufficiat pigneratitia actio contraria de quauis re pignori data, quãtũuis aliena *l. 1. in fine l. si rẽ. ff. de pignor. act.* Secunda opinio est illorum qui statuunt Saluianum interdictum competere quidem aduersus tertium possessorem, sed non directum, verum vtile duntaxat.

Probant autem hanc sententiam suam per textum *in l. 1. in pr. ff. de Saluiano interdict.* dum enim ibi respondet Iulianus, illud interdictum reddi locatori ad auocandum partũ natura ex ancilla in prædium inuecta & alteri vendita, satis significat de ipsa ancilla nullum esse dubium, quin possit vtili interdicto peti, alioquin de partu solum ibi dubitatũ non fuisset.

2. Comprobat eandem sententiam & hoc argumentum quod *in d. l. 1. §. 1.* duobus locatoribus tribuitur interdictum illud vtile aduersus extraneos, id est tertios possessores.

Et ita statuunt Neguzantius *in tractat. de pignoribus part. 2. membr. 4. n. 32.* Iacob. Menochius *remed. 2. adipisc. poss. ff. n. 55. & sequent.* Iacob. Cuiac. *lib. 5 obseruat.* 24. Petr. Freder. *de interdict. tit. 18 n. 51.* Wesenbec. *in parat. ff. de Saluian. interdict. n. 3.* Hubert. Giphanius *ad l. 1. C. de precar.* Robert. Marant. *part. 4. distinct. 7. n. 11. in fine.*

Tertia opinio est Francisci Hotom. ad *§. 2. versic.* interdictum quoque *I. de interdict.* & Sarmienti *in tractat.* de redditibus Ecclesiæ *part. 3. cap. 2. num. 18.* qui statuunt locatori prædii de rebus in illud inductis aduersus solum colonum dari interdictum Saluianum, aduersus tertium vero possessorem illarum rerum neque directum dari interdictum neque vtile.

Fundamenta illorum hæc sunt.

1. In *l. 1. Cod. de precar.* expresse dicitur interdictum hoc tantummodo aduersus colonum debitoremue competere.

Et quanquam secundæ opinionis Authores respondeant, textum illum de directo interdicto intelligendum esse; ita vt hoc aduersus colonum & debitorem duntaxat detur, obstat tamen generalitas illius constitutionis.

2. Deinde, inquit Sarmientus, si in casu *d. l. 1.* vtile interdictum Saluianum competeret, inique à iud cio Saluiano repelleretur locator contra tacitũ possessorem acturus, quia, vt sustineatur iudiciũ ex actione simpliciter intẽtata, sufficit vt ea actio vel directe, vel vtiliter cõpetat argum. *l. sed et si possessori. §. item si interuero. ff. de iureiur.* quod apud omnes extra controuersiam est; Cum verum sit eum, cui vtile Saluianum interdictum cõpetit, posse simpliciter interdicto Saluiano intendere, maxime cum formulæ actionum fuerint sublatæ.

3 Quia absurdissimum foret, eum, qui vult agere Saluiano interdicto, remittere ad actionem Seruianam directam vel vtiẽ, excludendo eum à Saluiano interdicto si vtile ei Saluianum competeret: Atqui *in d. l. 1. C. de precar.* in locũ Saluiani interdicti substituitur Seruiana actio cõ aduersus alium quam conductorem agendum est, Vult ergo ista constitutio excludere eo casu locatorẽ, tam ab vtili, quam directo Saluiano interdicto.

4. Postremo Franc. Hotomannus rationem hanc adducit quod fauorabilior sit domini causa cum colono agentis, quam cum extraneis; quandoquidem

dem colonus contraxerit & res oppigneratas possideat; Extranei vero nihil cum domino negotii gesserint, &, vti credibile est, ignorantes oppigneratas eas res fuisse, eas emerint. Causam proinde inter dominum & colonū prætor ipse susceperit, & quia æquum ipsi visum fuerit earum rerum possessionem penes dominum quam penes colonum esse, interdictum in eam sententiam interposuerit. At cum ad extraneos res peruenerit nihil causæ sit, quāobrem non æquius sit, apud eum, qui sine vllo dolo emit, tantisper possessionem esse, quam apud creditorem, dum iudicium constitutum, exerceatur. Hinc igitur inter Saluianum interdictum & actionem Seruianam hoc interesse, ait Hotom. quod illud aduersus colonum possessorem, hæc aduersus alios, qui rem acquisierunt, datur. Illud de sola possessione interponatur; In hac etiam de proprietate agatur.

Denique in Saluiano interdicto satis sit colonum possedisse *l. ff. de Saluian. interd.* In Seruiana autem probandum sit eum dominum fuisse.

Cæterum Hæc sententia non plane improbabilis esse videtur; Verum ei grauiter refragatur textus *in d. l.* 1. §. 1. *Digest. de Saluiano.* ad quem quod respondeant, non certe habent.

Præterea, si adducta fundamenta Sarmienti & Hotomanni diligentius considerentur, apparebit manifeste, quod nō eius sint ponderis vt opinionem istam sustinere queant.

Quod enim ad *legem primam C. de precar.* attinet, in qua suæ sententiæ præcipuum habent constitutū præsidium, respondet ad eā Donel. enim locū esse corruptum atq; sic legendum: *Aduersus cōductoris rem debitoris vsue cōpetit*, quia si aduersus conductorē tantū competeret, non debuisset hoc respōderi de re coloni vēdita, sed de re quauis coloni, quæ etiam nūc coloni esset, quæ ab extraneo possideretur: Nunc autem in eo rescripto quæstio mouetur de re à colono alienata Quod autē dicitur, Saluianū interdictū aduersus rē coloni dari, nō debet inusitatū videri; Cum in actionib. In rē dicantur res conueniri non personæ *l. Imperatores ff. de publiciana.* Cæteri vero iuris interpretes, vtile interdictū contra quoscunq; possessores concedentes, respondent ad *d. l.* 1. *C. de precar.* ibi Saluianum interdictū aduersus conductorē solū dari, directum nempe; vtile vero etiā aduersus alios. Nec quicquam refragatur generalitas verborū *d. l.* 1. ea enim temperāda & restringēda est ex *d. l.* 1. §. 1. *ff. eod.* Nec rarum est in iure, vt leges simpliciter & generaliter actionem alicui denegantes, intelligi debeant de directa, non vero de vtili actione.

Ad secundum respondetur ex hactenus edictis, In obiecta *l.* 1. non simpliciter ab interdicto Saluiano repelli locatorē contra tertium possessorem: Tametsi enim verba generaliter videantur concepta, restrictionem tamen ac limitationem ex *d. l.* 1. §. 1. recipiunt, cum interpretatio legum ita sit facienda vt textus vnus cum altero conferatur & vnus ex altero restrictionem ac limitationem recipiat.

Ad Tertium argumentum respondet, Hubertus Giphanius Imperatorem *in d. l.* 1. considerasse, naturam vtriusq; actionis Seruianæ vel quasi Seruianæ, id est directæ & vtilis actionis hypothecariæ; vtramque esse in rem, & proinde dari vtramque contra quemlibet contra extraneum etiam hypothecæ possessorem.

Ad quartum & vltimum respondeo etsi daretur, in proposito, fauorabiliorem esse causam domini cum colono agēris, quam agentis cū extraneo; eam tamē rationē, cum de interdicto Saluiano quæritur, in considerationem non venire, satis probat *dict. l.* 1. §. 1. *D. de interd. Saluiano.*

Adhæc quod dicitur, nihil causæ

esse cur potius possessio rei, in prædium conductum illatæ, apud dominum prædii siue locatorem, quam apud tertium esse debeat; ad illud facilis responsio est: Nam imo euidens videtur rei huius causa subesse, quia videlicet locatori tacita fuit hypotheca in re ista quæsita priusquam in alium translata fuisset, ratione huius Seruianam etiam habuit actionem ad possessionem eius obtinendam.

Quæst. 31. *An Saluianum interdictum detur aduersus colonum partiarium?*

Hoc autem interdictum eum directum aduersus conductorem, siue colonum duntaxat detur, quæstio est anne aduersus colonum etiam partiarium competat?

Dicitur autem partiarius colonus, cui ita fundus locatur, vt ipse colat eum & partem fructuum locatori pro vsu fundi, loco mercedis, quotannis præstet; atque sic qui societatis iure & damnum & lucrum cum domino fundi partiatur. *l. 25. §. 6. ff. locati.*

Quod autem aduersus hunc etiam colonum detur interdictum Saluianum verissimum est: Etenim nomen coloni generale est & non minus huic partiario quam illi, qui ad numeratam pecuniam conduxit, competit; Contra colonum autem in genere dicitur competere hoc interdictum, nec vspiam vlla inter colonos constituitur differentia.

2. Accedit insuper quod in vtroque, tam partiario, quam illi, qui ad numeratam pecuniam conduxit, par sit eademque ratio. Sicut enim hic tenetur soluere & præstare promissam pensionem ob quam obligata sunt bona eius in prædium inducta, ita quoque partiarius colonus obstrictus est ad pensionem præstandam, de qua vt eo certior sit locator, habet bona eius tacito pignore sibi obligata.

3. Eadem sententia haec quoque ratione confirmatur: quod si emptio venditio est quando inter emptorem ex post facto conuenit, vt loco pecuniæ alia species detur *l. pretii causa. C. de rescindend. vendit.* ita quoque locatio conductio manebit atque conductor dicetur colonus, quando inter locatorem & conductorem conuenit vt loco mercedis pars quædam fructuum præstaretur.

4. Postremo sic concludit Menochius: Is dicitur colonus qui terram vel agrum colit, prout eum definiunt Bald. *in d. l. certi iuris. n. 4. Cod. locat.* Petrus Vbaldus *in tractat. societat part. 2. q. 9. in pr.* Atqui hæc definitio partiario colono conuenit, cum & ipse agrum colat. Conuenit itaque eidem & definitum. Ac consequenter si colonus est sequitur ipsum Saluiano interdicto, quod aduersus colonum datur, conueniri posse.

Verum huic sententiæ hoc argumentum stare videtur. Quod partiarii coloni bona non sint tacite locatori hypothecata domino, cum proprie colonus nõ sit *ex §. item Seruiana. I. de act.* quo loco datur solum hoc ius tacitæ hypothecæ in bonis coloni: Atqui hic partiarius non videtur esse colonus, sed potius socius *l. si merces 25. §. 6. ff. locati.* vbi dicitur quasi societatis iure cum locatore partiri damnum & commodum.

Cæterum ego ad hoc respondẽdum existimo, ex verbis *d. §. 6.* satis relucere quod ICtus non velit partiarium proprie esse socium, sed eum socio duntaxat in eo conuenire, quod sicut socius cum socio damnum & commodum rei, in societatem collatæ, partitur; ita quoque colonus partiarius cum locatore, siue domino fundi fructus eius ac commodum damnumque partiatur.

Quæ. 32. *An contra colonum coloni hoc detur interdictum?*

De colono coloni difficilis admodum controuersia est, anne hoc interdicto possit conueniri, verbi causa: Titius locauit prædium suum Sempronio, Sempronius rursus illud locauit Pamphilo, quæritur anne hoc prædium tacite sit pignori obligatum Titio locatori, etiam quoad hunc posteriorem conducto-

ductorum, sic vt illum conuenire possit interdicto Saluiano?

Videtur hoc prima fronte negandum propter textum *in l. si in lege. 24. §. 1. ff. locat.* vbi Paulus ICtus ita scribit: *Si colonus locauerit fundum, res posterioris conductoris domino non obligantur, sed fructus in causam pignoris maneat: quemadmodum esset si primus colonus eos percepisset.*

Sed rursus pro affirmatiua sententia facit *l. solutum. 11. §. 5. ff. de pign. act.* in quo loco Vlpianus hoc modo scribit: *Vnde si domum conduxeris & eius partem mihi locaueris, egoque locatori tuo pensionem soluero, pigneratitia aduersus te potero experiri:* Nam Iulianus scribit, solui ei posse, & si partem tibi, partem ei soluero, tantundem erit dicendum: plane in eam duntaxat summam inuecta mea & illata tenebuntur, in qua cœnaculum conduxi, non enim credibile est conuenisse, vt ad vniuersam pensionem insulæ friuolæ teneantur. Videtur autem tacite & cum domino ædium hoc conuenisse vt non pactio cœnacularii, proficiat domino, sed sua propria.

In hac antinomia statuit post Franc. Connanum Iacobus Menochius distinguendum esse inter locationem prædii rustici & prædii vrbani, vt in hac quidem inquilinus inquilini interdicto Saluiano teneatur; Idque propterea quod ex natura locationis vrbani prædii illata & inuecta tacite sunt obligata pro habitatione; Cuius habitationis particeps est secundus conductor, modo & obligationis particeps sit, & ob eam teneatur, quatenus ad eum pertinet; idque pactio secundi conductoris non prosit domino, sed sua propria, hoc est, domini, quam fecit cum primo conductore; Cuius primæ conductionis nomine tenetur posterior conductor, quatenus de ea participat; proinde facit prima locatio vt secundus iste prædii vrbani conductor domino teneatur, non secunda, quam ipse cum primo conductore iniuit. Diuersa autem sit ratio in locatione prædii rustici, vt quia sine expressa cõuentione non constituatur in rebus illatis hypotheca, idcirco si pactione expressa sit constitutum pignus, tunc ea in secunda locatione non censeatur repetita cum personalis sit conuentio, quæ ipsos saltem paciscentes teneat *l. 27. §. ante omnia. ff. de pact.*

Ego circa propositam controuersiam sic omnino statuendum censeo interdictum Saluianum non minus de rebus inductis, inuectis & illatis in prædium rusticum, conductum locum habere atque in illatis in prædium vrbanum. Ratio siquidem diuersitatis, quam reddit post Connanum Iacobus Menochius falso laborat principio; dum præsupponit quod inducta, illata & inuecta in prædium rusticum non sint tacite pignoribus ligata, sed ad ea obliganda requiratur expressa conuentio, quem errorem satis crassum esse existimo; Proinde ad eum refellendum operæ precium erit hoc loco inquirere vtrumne ea, quæ in prædium rusticum conductum inferuntur, inuehuntur & inducuntur tacite obligentur pignori, non minus atq; ea quæ in vrbanum prædium sunt inducta, inuecta & illata?

Et quidem, quod, quoad præsentem quæstionem omnino distinguendum sit inter illata in prædium vrbanum & illata in prædium rusticum; vt hæc sine expressa conuentione non obligentur, statuunt Donellus *d. pign. c.* 4. Connan. 4. *comm.* 16. Menochius *de adipisc. poss. remed. 3. q. 4. num. 33. & seqq.* Bronchorst. *cent. 1. Assert. 97.* Forc. Necyom. *dialog. 17.* Harpr. *ad §. Item Seruiana. I. de act.*

1. Cum *in l. 4. ff. de pact.* ICtus Vlpianus & Iustinianus *in §. Item Seruiana. I. de Act.* statuant. In vrbanis habitationibus locandis inuecta illata pignori esse locatori, etiamsi nihil nominatim conuenerit,

rir, colligendum videatur si non in prædium vrbanum, sed rusticum res furint inductæ inuectæ & illatæ, quod tacite non obligentur pignori, sed expresse ad hoc conuentio desideretur. Et si idem in rusticis, quod in vrbanis obtinet, ad quid quæso de rebus in prædium vrbanum inductis nominatim atque in specie leges loquuntur?

2. Accedit quod & ratio diuersissima sit prædiorum rusticorũ & vrbanorum: Vrbanorum etenim prædiorũ fructus in schola habitandi commoditate vt plurimũ consistit: Nec alia in illis sunt, quæ domus domino pro pensione obligari possint, nisi quæ ab inquilino inferuntur. At vero in rusticis prædiis sunt fructus, quos pro mercede obligari domino sufficit. Idq; etiam haut obscure significat ICtus Pomp. *In prædiis*, inquiens. *rusticis fructus qui ibi nascuntur tacite intelliguntur pignori esse domino fundi locati, etiamsi nominatim id non conuenerit.*

3. Quin & Nerat. *in d.l.4.ff. In quib.caus. pign.* aperte differentiã hanc inter vrbana & rustica prædia constituit, vt quæ in prædium vrbanum sunt inducta & illata, tacite pignori obligentur, quæ vero in prædium rusticum non item: Ita enim scribit: *Eo iure vtimur, vt quæ in prædium vrbanum inducta illata sunt, pignori esse credantur, quasi id tacite conuenerit, in rusticis prædiis contra obseruatur.* Verum ab hac sententia discedunt alii: Nec immerito.

Nam 1. *in l.3.ff. in quib. caus. pign. vel hypoth.* diserte Vlp. *Si horreum*, inquit, *conductum fuit, vel diuersorium vel area tacitam conuentionem de inuectis illatis, etiam in his locum habere putat Neratius, quod verius est.*

Non me latet Harprechtum respondere in ista *l. 3.* horreũ significare locum illum, in quo merces venales & res quæque preciosissimæ reponuntur & custodiuntur *vt in l.3 § Effractura. ff. de offic. præfect. Vigil. l.21.§. certe ff. de furt. l.74. ff. de contrah. empt. l.55. ff. locati, l.30. §. certis vero. 4. ff. ad l. Falcid. §. Item si merces. I. de rer. diuis. cum similib.*

Verum vt vt sit, horreum proprie & vsitate prædium rusticum eumque locum significare in quem fructus colligi & reponi solent, expeditum est: In dubio vero à propria vocis significatione recedi non debet, *l. Non aliter. Digest. de legat.3.*

2. Idem quoque euincit *l. 5. C. de locato.* Vbi clare significatione ad tacitum pignus in reb. illatis in prædium rusticum constituendum, sufficere domini scientiam. Verba Imperatoris hæc sunt: Certi iuris est ea quæ voluntate dominorũ coloni in fundum conductum induxerint, pignoris iure dominis prædiorum teneri. Quando vero domus locatur non est necessaria in reb. inductis vel illatis scientia domini: Nam ea quoq; pignoris iure tenentur: Ecce hic Alexander inter rustica & vrbana prædia hanc solum differentiam constituit, quod ad pignus in reb. illatis in prædium rusticum, scientia requiratur domini: quæ ad pignus in rebus in prædium vrbanum illatis constituendum non sit necessaria.

℞ ad hoc etiam Ioh. Harpr. Alex. Imperatorem non de simplici scientia loqui, sed de ea, quam ipsi initio voluntatem dixerat & sic de scientia voluntatem coniunctam habente: At voluntas est conuentio, *l.5.§. in quib. causis*. Nam eo ipso quod locator voluit, vt certæ res in suum fundum locatum inducerentur, non potest videri alio animo id fecisse ac voluisse, quam vt illæ res sibi pensionis nomine obligarentur: Nisi enim in hac voluntate istud egerit, nihil penitus egisse videretur, quod admittendum non est *l.109. de legat. 1. l.2. ff. de pact.* Secundo respondet *d.l.5.* etiam hunc esse sensum: Adeo voluntatem Domini non esse necessariam, quando ædes locantur, vt ne quidem eiusdem scientia requiratur,

Cæte-

1. Cæterum quid Imperator Alexander per voluntatem intellexerit *in pr. d. l.5.* satis explicat in fine eiusdem constitutionis: Nempe nihil aliud quam scientiam. Deinde posito eo, quod aiunt, per voluntatem & scientiam denotari conuentionē, *in d.l.5.* Non idū tamen eo efficitur, quod pignus in rebus illatis in prędium rusticum expressam desideret conuentionem: *Tum* quod voluntas illa non fuit de pignore in rebus illatis constituendo, sed de rebus inferendis ac recipiendis in prædium rusticum. Quod vero ad posteriorem solutionem, est illa per quā diuinatoria, nec vllo probabili fundamento nititur.

3. *In l.7.pr.ff.in quib. caus.pign.* cum ICtus dixisset, in prædiis rusticis fructus, qui ibi sunt, tacite intelligi pignori esse domino fundi locati, etiamsi id nominatim non conuenerit, statim in sequenti §. subiicit: etiam illata & inuecta in prædium rusticum, quæ modo ita illata sunt, vt ibi sint, pignori esse. Et quanquam Harprechtus existimet *in §.1.d.l.7.* non agi de illatis in prædium rusticum, sed de illatis in prædium vrbanum: Id tamen verisimile non est; sed cum ICtus in principio legis egerit de illatis in prædium rusticum, non præsumitur in sequentibus statim subiectum mutare, & de illatis in prædium vrbanum disserere; cum maxime nullo verbulo *in d.§.1* id significetur.

4. *In l.fin.C. in quib.caus.pign.* generaliter dicitur ac indistincte, res conductoris in prędium cōductū inuectas & illatas ipso iure & tacite domino pro pensionibus obligari, nullo omnino adhibita distinctione, vtrum prædium conductum rusticum fuerit, an vero vrbanum.

Nec admittendum quod Harprechtus generalē textum ad inducta in prædium vrbanum restringere & coarctare conatur, siquidem nec textus vllus nec vlla ratio huiusmodi restrictionem suadet; quos enim textus adducit Harprechtus ad propositum non facere paulo post luculenter demonstrabitur.

5. Præterea non parum ad nostræ sententiæ confirmationem facit §. *Item Seruiana.I.de A.* in quo absolute Iustinianus, Res coloni, ait, pignoris iure pro mercedibus fundi, domino præsidii teneri.

Respondet Harprechtus istum §. *Item Seruiana* de rebus coloni expressim oppigneratis accipiendum, sed diuinatoria est hæc interpretatio, & generalitas textus expresse refragatur.

Ad *primum* contrariæ opinionis fundamentum respondetur: Illud ex *l.4. Digest.de pact.* à contrario sensu ductum aduersus textus, qui in contrarium sunt, expressos nihil valet.

Et cur de illatis in prædium vrbanum ICtus solum loquatur, ratio hæc est, quod ea sola illatione pignori obligentur: Illata vero in prædium rusticum non item, nisi domini scientia & voluntas accesse it *l.5. Digest. de locato.* præterea in iure nostro non est infrequens, vt vna lex suppleatur ex alia. Proinde *d. l.4 Digest. de pact.* aliis ex legibus, in quibus dicitur, *illata etiam in prædium rusticum tacite esse pignori*, suppleri debet.

Ad *secundum* R. Rationem istam, quæ affertur, non esse sufficientem ad huiusmodi inter vrbana & rustica prædia constituendam differentiam: Siquidem fructus prædii rustici, cum non in omnibus anni partibus extent & nascantur in prædio, etiamsi domino fundi tacite pro mercede oppignerarentur, non tamen illis domino de mercede sufficienter cautum esset.

Hinc etiam cum *in l. 7. Digest. In quib.caus.pign.* ab initio Pomponius dixisset; fructus qui in prædiis nascuntur, tacite obligari pignori domino fundi; subiicit statim; ea quoque quæ sic inferuntur in prædium, vt ibi sint, tacite obligari pignori.

Ad

Ad *tertium* R. Inter illata in prædium vrbanum & illata in prædium rusticum esse differentiam; verum non hanc, quod illa tacite; hæc saltem expresse obligentur pignori, sed potius quod illata in prædium vrbanum sola inductione obligentur: Illata vero in prædium rusticum non sola inductione, sed accidente insuper scientia & voluntate domini, *l. 5. C. de locato*. Atque hoc est, quod *in d l. 4.* dicitur: In rusticis prædictis contra obseruari.

Quocirca cum hactenus plus satis demonstratum sit, ea quæ in prædium rusticum inducuntur, æque obligari pignori, atque ea, quæ sunt in prædium vrbanum inducta & illata, in principali controuersia sic concludendum existimo, parem esse rationem coloni & inquilini, ita vt sicut hic interdicto Salniano potest conueniri à locatore prædii vrbani; ita quoque ille conueniri queat locatore prædii rustici.

Lit. G. Vtrumne hoc interdictum Saluianum detur aduersus minorem qui prædium conductum res quasdam suas intulit & induxit, æque controuersa est quæstio, & quidem controuersia hæc ex eo dependere videtur, vtrumne res minoris viginti quinque annis, illatæ in prædium conductum tacite obligentur? Si enim obligantur, locus erit Saluiano huic interdicto: Sin vero non obligantur illud deficiet.

Et quidem plerique negatiuam tuentur sententiam, idque propterea quod manifesti & expediti iuris sit, pupillum ex contractu suo, etiam expresso non obligari, sicut nec minorem, siue adultum, sine tutoris authoritate & curatoris consensu *l. 3. C. de restitut. in integr. minor.* multo minus igitur obligari debeat ex conuentione tacita cum maior videatur inesse vis expresso, quam tacito.

Veruntamen contrariam sententiam iudico esse veriorem. Nam primo *in l. 3. §. 1. ff. de reb. eorum.* expresse Vlpianus, iudiciale & prætorium pignus etiam in rebus pupillaribus constitui posse, quia ista pignora, siue istæ obligationes & alienationes non fiunt ex tutoris & curatoris voluntate, sed ex magistratus authoritate: proinde etiam in rebus minorum hoc tacitum pignus contrahitur, quoniam ex voluntate tutoris vel curatoris non descendit, sed ex voluntate legis proficiscitur.

2. Accedit quod nulla prorsus lege res minoris, in prædium conductum illatæ, à communi regula excipiuntur: Quod autem expresse ac nominatim exceptum non est, sub regula comprehensum intelligitur.

3. Quotiens ex re actio venit, etiam pupillus sine tutoris & curatoris authoritate obligatur *l. 46. ff. de obligat. & act.* Atqui obligatio ista taciti pignoris ex re ipsa, siue ex ipso facto, res in prædium conductum inferentis, descendit, ergo ea etiam sine tutore vel curatore minor obligatur.

4. Postremo multa etiam tacite fieri permittuntur, quæ expresse fieri prohibentur: *l. si lusf. ff. de procurat.* licet igitur res minoris expressi obligari non possent, non tamen propterea tacito pignori obstringi prohibentur.

Hic non obstat quod ne quidem expressa conuentione minores sine curatoribus obligentur.

Argumentum quippe ab expresso ad tacitum non procedit vbi est diuersa ratio expressi & taciti, vt hoc loco cum pactum hoc tacitum non ab homine, sed à lege proficiscatur: Neque ex voluntate minoris, sed ex voluntate legis descendat.

Quæritur porro an hoc interdictum reddatur pro possessione rerum venalium inuectarum in prædium conductum? Et quidem Menochius distinguit Lit. H. Quæ. 33. An hoc interdictum.

guit, vt si res venales in prædium conductum rusticum fuerint illatæ, non censeantur tacite hypothecatę pro pensione prædii rustici propterea, quod huiusmodi res in prædium rusticum non fuerint inductæ atque illatæ vt ibi perpetuo, h.e. durante locationis tempore essent, nec illarum causa prædium fuerit conductum, iuxta *l. debitor. ff. de pignorib.* sed potius ibi reposita censeantur donec suum in locum inuehantur.

Idem dicit esse quando conductor, negotiationem aliquam exercens, prædium vrbanum siue ædes conducit, non vt in illis negotietur, sed solum vt eas inhabitet: Tunc enim si venalia quædam in illud prædium inuehit, eo animo, vt, nacta occasione distrahat, velut alio transportet, non erit locatori tacita contracta hypotheca in istis rebus venalibus, cum non fuerint in eam domum illatæ, vt ibi perpetuo, hoc est, ad tempus locationis, essent *d. l. debito.* nec censeantur res istius loci, sed e i 1s, in quem transportandæ sunt: Nec am ob causam domus conducta vt scilicet in eam venalia inferrentur, alio transuehendæ *l. ex facto. ff. de hered. instituend.*

Quod si vero conductor, qui negotiationem exercet prædiũ vrbanũ eam ob causam conducit, vt ibi venalia reponat & vendat, prout solet mercatores facere qui domus conducunt vna cum apothecis, in quas merces inuehunt vt ibi negotientur & vendant, merces istæ venales hoc casu hypothecæ censeantur pro pensione ipsius domus & apothecæ, cum eam ob causam conductæ sint.

Idem statuendum quando domus conducitur vt eam paterfam. ipse inhabitet, in eamque vinum frumentum & alios suorũ prædiorum fructus atq; reditus inferat vel inuehat; quos reditus partim in proprios habet vsus, partim vero venales: Tunc enim reditus hi quanquam venales hypothecati censeantur pro pensione domus; quam is paterfam. eo animo conduxit, vt non solum sibi, sed etiam vt suppellectili & cæteris rebus suis prouideret. Et ita post Franc. Connan. *lib. 4. comm. c. 16. n. 8.* hanc propositam quæstionem dicit Iacobus Menochius *d. remed. 3. n. 125. & sequent.*

Cæterum Angelus & Iason. *in §. Item Seruiana. I. de act.* concludunt indistincte merces venales non obligari tacite pro mercede personis, cum non conferantur in domum conductam, vt perpetuo ibi sint; sed vt quotidie vendantur; cum proprium hoc sit rei venalis vt vendatur. Iam vero certum est ea solum pro pensione locationis tacite obligari, quæ ita sunt illata & inducta vt ibi sint; Ita quippe Scæuola *in l. Debitor. 32 ff. de pignor.* scribit: Debitor pactus est, vt quæcunq; in prædia pignori data inducta, inuecta, importata, ibi nata paratave essent, pignori essent: eorum prædiorum pars sine colonis fuit, eaq; actori suo colenda creditor tradidit, adsignatis & seruis culturæ necessariis, quæritur an & Stichus Villicus & cæteri serui, ad culturam missi, & Stichi vicari obligati essent, respondit, eos duntaxat, qui hoc animo à domino inducti essent, vt ibi perpetuo essent, non temporis causa ac commodarentur obligatos.

Vdal. Zas. statuit merces venales, quas inuehit mercator, tacite obligari pro pensione nõ quidem in specie & in particulari quoad indiuidua, sed in genere & vniuersaliter; quia licet species mercium vendantur; tamen semper aliæ substituuntur; siquidem commercium sit negotiũ vendendi & emendi *l. 3. in fin. C. de commerc. & mercator.* Vnde quamuis hæc res in indiuiduo, & alia item, & porro alia vendantur, tamen cum aliæ restituuntur, officina semper reponitur mercibus; merces autem extant, perpetuo sunt in ista domo conducta, quandiu durat eius locatio, in genere, licet non in

specie: Pro hac autem sententia, ait Zas. extare textum expressum *in L. cum tabernam. ff. de pignorib.* ibi n. quidã hypothecauerat tabernam mercium, i.e. officinam, quærebatur quid esset impigneratũ, an ipsa sola taberna, an vero & iam merces in taberna. Et quia merces quotidie alienabantur, vẽdebantur, videbatur eas non contineri. Sed IC. ad hoc respondet, q etsi merces vendantur, tamen alias substitui. Huic addit argumentũ, q ipse dicit firmissimũ, ex *l. proponebatur. ff. de iudic.* vbi quamuis capita iudicũ moriantur, intereant & alia capita, alii iudices substituantur, tamẽ semper idẽ dicatur iudicium.

Quæ. 34. *An locatori hoc detur interdictum si prius specialiter de hypotheca prospexerit?* Quid vero eo dicendum casu, quo locator sibi specialiter prospexit de certarum rerum obligatione, anne si postea in conductum prædiũ à conductore illatæ fuerint res, de illis interdictum hoc competet? Cyn. & Salicet. *in l. certi iuris C. de loc.* negant hoc casu res cæteras, specialiter non obligatas, manere sub tacita hypotheca; idq; propter hanc rationẽ, q prouisio hominis faciat cessare prouisionem legis *l. vlt. C. de pact. conuent.* Sed ad hanc rationẽ resp. post Bald. *in d. l. certi.* Iacob. Menoch. Prouisionẽ hominis tunc demum cessare ob prouisionẽ legis, quãdo ex eodem fonte vtraq; prouisio proficiscitur, non a. quando ex fonte diuerso proueniunt, prout hoc loco accidat, in quo illatio & inuectio bonorum, facta à conductore in conductum domum excedit terminos pacti conuenti, & ab alio fonte hypotheca prouenit, nempe ab inuectione, vltra ergo pactum conuentum operari debet, ne frustra is inuectionis actus sit factus; Itẽ prouisio hominis non facit cessare prouisionem legis quando ad diuersos tendunt effectus.

Deinde resp. Menoch. hanc prouisionem legis, qua tacita hypotheca inducta est ex illatis & inductis, in domũ esse prouisionem ordinariam, & ideo ex prouisione hominis superueniente, cessare nõ debeat. Affinis huic quæstioni est hæc

Quæ. 35. *An rerũ alienarum nomine detur interdictum Saluianum?* vtrumne interdictũ hoc Saluianũ competat domino prædii locati etiã pro re aliena illata & inuecta in prædium à conductore? Iac. Menoch. & hic distinguit aliquot casus. Si enim conductor rẽ alienã bona fide à se possessã in prædium inuexit, tunc pro eius possessione adipiscenda conceditur hoc interdictũ locatori quoniã satis est conductorẽ possedisse eo tempore, quo intulit. Quod si vero conductor rem alienã in prædium inuectum, mala fide possideas in prædiũ intulit, ignorante rei domino non est locus Saluiano interdicto, cum non possidere intelligatur, qui mala fide possidet *l. improba. C. de acquir. possess.* Et ideo in hoc interdicto dominus, qui habet probare conductorem possedisse, probare debet illam fuisse iustam possessionem; præterea non est hoc casu hypotheca contracta, vt probant Bald *in l. certi iuris. C. de locat. & ibid.* Salic. Idem dicendũ quando cõductor rem alienã mala fide possidens in prædiũ conductũ, sciente rei domino, intulit atq; inuexit, quoniã hoc casu nulla omnino censetur cõtractu hypotheca; & insuper possessio huius conductoris, quæ malæ fidei est, ex taciturnitate domini rei, permittentis eam inferri, non efficitur bonæ fidei; cum enim hæc taciturnitas, quæ præiudicialis est, nullum causat cõsensum *l. qua dotis, ff. solut. matrim.* sequitur nullã à domino translatam esse possessionem in eum conductorẽ vt ex eo deinde hoc interdictum reddi queat locatori prædii. Postremo quando rei dominus scit & consentit rem suam inferri in prædium eo animo vt ibi sit durante tempore locationis, quasi malitia quadam agat, vt fallat locatorem, hoc casu putat Menoch. locum esse huic interdicto. Nam si ex hoc consensu efficit hic rei dominus, vt illa, hoc modo inuecta, censeantur esse hypothecata locatori, vt scribit Bald. *in d. l. certi n. 10.* Quando fortius

tius dicendũ erit, ex hoc consensu translatam fuisse possessionem in conductorem quam deinde hoc remedio locator adipisci valeat. Ita Menochius.

At Fr. Balduin. *in tr. de pignor. c. 6 column. 3. vers. quid igitur.* statuit locatori concedi retentionẽ contra conductorẽ, cum rem alienam è domo conducta inferre conatur, quam prius intulerat; non autem ei actionem tribui vt iam exportatam consequatur; Ego cũ Authore sic censeo dicendum, Saluianum hoc interdictum non dari rerum alienarũ nomine nisi veri domini dolus accesserit. Hanc sententiam manifesta & euidenti ratione niti arbitror: Etenim cum res aliena nõ possit pignori expresse obligari, vti exploratí est iuris, sequitur ꝙ nec tacite per illationem vel inuectionem in prædiũ conductum id fieri possit. 2. Accedit ꝙ tacita ista hypotheca, quæ parit Saluianum interdictum, sit legalis hoc est, lege constituatur: Quibus igitur in rebus à lege hæc hypotheca constituta reperitur in illis solis Saluianum interdictum locum habere certum est: Atqui nulla lege, nulla cõstitutione reperitur hoc cautum & constitutum vt res alienæ in prædium conductum à conductore illatæ, locatori pignori esse debeant. 3. Postremo non solum edictum prætoris, sed & omnes fere leges, de Saluiano interdicto loquentes, istud interdictum de rebus coloni dari aiunt. Cæterum si manifesto, veri illius rei domini, dolo malo res aliena infertur, placet in illa hypothecam tacitam domino prædii constitui; Nec n. æquũ est ipsum decipi, & dolum alienũ ipsi noceri. Quanquam hac de re non extet sanctio aliqua expressa, De eo etiam inter Dd. nostros controuersia est, anne interdictum Saluianum detur de instrumentis, quibus debitorum nomina continentur, illatis in prædium conductum? Affirmat Vdal. Zas. *ad §. Item Seruiana. I. de act. n. 19.* Mouetur autem hi-

Quæst. 36. *An de instrumentis debitorum in prædium inuectis detur hoc interdictũ?*

sce rationibus; quod de illis, quæ hoc animo sunt illata, ibi perpetuo sint, competat interdictũ Saluianum *l. debitor. 32. ff. de pign.* instrumenta autem quibus debitorum nomina continentur eo animo inferantur: Nam licet exigantur aliquando debita, sufficere tamen videatur animus, propositum est intentio inquilini, nomina debitorum inferentis. Hinc igitur ait Zasius non esse dubitandũ quin nomina debitorum sint tacite obligata locatori, & consequenter eidem, illorum nomine Saluianum interdictum competat.

2. Præterea, inquit, si nomina non essent tacite pignori obligata, & inquilinus magnam aut maiorem partem bonorum suorum mobilium haberet in nominibus debitorum, deluderetur dominus prædii, siue locator, qui homini diuiti locaret ædes, qui tamen careat illatis & inuectis. Sed ab hac sententia Zasii diuortium facit Iac. Men. *remed. 3. adip. possess. n. 142.* hisce motus argumentis.

1. Instrumenta quibus consignata sunt nomina debitorum, non fuerunt sic illata in domum conductum, vt ibi perpetuo esset, sed solum ibi in reposita fuerint donec creditum exigeretur. *l. si fundus l. si ita legatum. ff. de legat. 3.* Iam vero ad hoc, vt tacita hypotheca inducatur & Saluianum interdictum competat de rebus illatis vel inuectis, necessarium est vt ita inferantur quo illic perpetuo maneat *d. l. debitor. 32. ff. de pignorib.*

2. Insuper debitorum nomina non veniunt in expressa generali hypotheca, vt nec in legato generali *l. Caius. ff. de legat. 2. l. si mihi Mauia. §. vlt. ff. de legat. 3.* Multo igitur minus venient in tacita hypotheca,

Ad prius argumentum Zasii, responsio ex modo dictis patet: Falsum siquidẽ est quod hac intentione talia instrumenta inducantur in domum conductam vt

ibi sint perpetuo, h.e. quandiu durat locatio-conductio, sed vt tandiu solum illic reposita sint donec vel exigat conductor debita, vel debitores illi soluant. Ad posterius argumentum Zasii respondetur nullam penitus fraudem fieri domino prædii, h.e. locatori etsi nihil penitus in ædes conductas inferatur, cum hoc non sit de necessitate aut bona fide locationis conductionis, nec eius contractus cóuentione cótineatur, vt tales inferantur res, quæ tacito pignori sint locatori.

RESOLVTIO THESIS Tertiæ.

ET hactenus de interdictis adipiscendæ possessionis; sequitur nunc vt de interdictis retinendæ possessionis disseramus. Circa hæc vero primo illa excutienda venit cōtrouersia, anne interdictū, ne vis fiat illi, qui in possessionem bonorum missus est, annumerari debeat interdictis retinendæ possessionis?

Quæ. 37. *An interdictum ne vis fiat ei, qui in possessionem bonor. missus est, sit interdictum retinendæ possessionis?*

Affirmatiuam amplectitur Menoch. *remed. 1. Retin. possess. n. 1. & seqq.* Inprimis autem sese fundat *in l. 1. §. 1. ff. Ne vis fiat.* vbi sic Vlp. scribit: Hoc interdictum summa prouidentia prætor proposuit, frustra enim in possessionem mitteret rei seruandæ causa, nisi missos tueretur & prohibentes venire in possessionem coerceret, quæ verba aperte significare videntur quod hoc interdictum sit retinendæ possessionis.

Sed huic sententiæ grauiter videtur obstare quod interdictum retinendæ possessionis, prout nomen satis indigitat, nemini detur, nisi illi, qui possessionem habet: frustra enim laboraret de retinenda possessione, qui eam nunquam habuisset.

Iam vero is, qui in possessionem bonorum missus est, & cui hoc interdictū dari dicitur, non habet possessioné; quia missio in possessionem bonorum, ex primo decreto facta, possessionem non tribuit, vt supra, suo loco demonstratum fuit. Ei igitur, qui in possessionem bonorum & missus non potest dici interdictum retinendæ possessionis cōpetere.

Hinc etiam Vdal. Zas. *ad d. l. 1. n. 3. ff. ne vis fiat ei.* statuit interdictum hoc ne q; esse adipiscendæ, neque retinendæ recuperandæ possessionis, quia hæc interdicta veram possessionem respiciunt: quam non habet, vt dictum est, is qui in bonorum possessionem missus est; Non possidet, inquam, sed est in possessionem: At hoc ipsum cum sit nuda detentio, non tribuit interdicta.

Æguinarius Baro *lib. 6. manual. tit. 4.* interdictum hoc statuit interdictum esse adipiscendæ interdum recuperandæ possessionis; pro qua assertione est textus *in l. 3. pr. ff. ne vis fiat.* Nam illic aperte dicitur interdictum, *ne vis fiat, &c.* ei dari, qui missus in possessionem, non admittitur: At hic vult demum in possessione esse; non vero est in possessione; nec agitur hic de possessione retinenda, sed adipiscenda.

Eodem facit etiam textus *in l. 1. §. 1. eod.* dum ibi Vlp. dicit, hoc interdicto prætorem tueri missos in possessionem & coercere prohibentes in possessionem venire; At hoc modo eas coercet, vt prohibito tribuat possessionem in eandemq; illum mittat.

Et hanc sententiam posteriorem statuo esse verissimá: Nec moueor eo quod is qui à prætore in possessionem est missus non possideat: Nam verū hoc est, si de veraac propria possessione sit quęstio interim tamen detentio rei est penes eū, qui in possessionem est missus, quæ detentio generali possessionis appellatione venit. Et eum apertus in promptu sit textus qui confirmet in possessionem misso interdictum dati, palam est, quod hoc interdictum nudo etiam detentori detur, etsi alias interdicta veram possessionem præsupponant.

Datur

Datur porro hoc interdictum, ei qui in possessionem bonorum est missus, etiam contra dominum; Ita tamen vt si culpa prohibuerit missum ingredi possessioné aut de possessione ipsum expulerit, excusetur à culpa: solus igitur dolus hoc interdicto vindicatur: Sed num etiam lata culpa? Distinguit Zasius inter culpam ignauiæ & versutiæ, Et culpam ignauiæ, quæ in sola desidia & negligentia consistit atque in omittendo versatur, n hoc interdictum non venire dicit, quia talis culpa careat dolo, eo quod à dolo quæuis inutilis, stolida, friuola, imo fatua excusat à dolo, & consequenter ab hoc interdicto. Culpam autem versutiæ quia cum fraude & dolo aperte coniuncta est, venire doli appellatione & hoc edicto coerceri.

Sed de hac quæstione vtrum lata culpa sit dolus & doli appellatione veniat, in præcedentib. aliquoties à me tractatum esse memini; idcirco hoc in loco de ea vlterius pertractare supersedeo.

Datur autem hoc interdictum in id quanti ea res est, ob quam in possessionem missi sunt; ita ICtus Vlpianus *in l. 1. §. 5. ff. Ne vis fiat ei &c. Hac*, inquit, *verba quanti ea res erit, ob quam in possessionem missus erit, continent vtilitatem creditoris vt quantum eius interest possessionem habere, et tantum, qui prohibuit, condemnetur. Proinde si ob falsum creditum vel ob falsam petitionem missus est in possessionem, vel si exceptione summoueri potuit; nihil ei debet prodesse hoc edictum, quia propter nullam causam missus est in possessionem.*

Sed anne actio hæc sit mixta, partim rei persecutoria, partim pœnalis? Et vtrum debitor liberetur, præfatam vtilitatem creditori eo soluente qui missum in possessionem non admisit? supra tractatum & expositum est *in disput. praeced. 24. sub lit. E. circa finem*, quo nunc breuitatis causa me refero.

Lit. B. Interdicta retinendæ possessionis sunt interdictum *vti possidetis* & interdictum *vtrubi*: Illud de rebus duntaxat soli siue immobilibus; hoc vero de rebus mobilibus competit: Olim etiam quoad vim & effectũ discernebantur: Nã interdicto vti possidetis vincebat qui tẽpore redditi interdicti, nec vi, nec clã, nec precario ab aduersario possidebat; Interdicto vtrubi vincebat qui maiore parte anni retrorsum numerati, nec vi, nec clam nec precario ab aduersario possederat. Sed hæc differentia postea sublata est, ac constitutum fuit vt eadem vis esset vtriusque interdicti, atque ita in vtrasque res tam mobiles, quam immobiles vnũ interdictum sufficeret. ita Iustinianus hac de re scribit: sed interdicto quidem vti possidetis de fundi vel ædium possessione contenditur: Vtrubi vero interdicto de rerum mobilium possessione; Quorum vis ac potestas plurimam inter se differentiam apud veteres habebat: Nam vti possideris interdicto is vincebat qui interdicti tempore possidebat, si modo nec vi, nec clam, nec precario nactus fuerat ab aduersario possessionem; etiamsi alium vi expulerat, aut clam arripuerat alienam possessionem, aut precario rogauerat aliquem vt sibi possidere liceret. Vtrobi vero interdicto is vincebat, qui maiore parte eius anni nec vi, nec clam, nec precario ab aduersario possidebat. Hodie tamen aliter obseruatur: Nam vtriusque interdicti potestas, quantum ad possessionem pertinet, exæquata est; vt ille vincat, & in re soli & in re mobili qui possessionem nec vi nec clam nec precario ab aduersario, litis contestatæ tempore detinet. §. *Retinendæ. Inst. de interdict.* Et hanc exæquationem in causa esse dicit Donellus quod in Codice vnicus titulus de interdicto vti possidetis proponitur quo significaretur, id quod de interdicto vti possidetis constituitur, idem quoque de interdicto vtrubi dicendum esse.

Quæ. 38. *An vsufructuario vti le interdictum vti possidetis detur?*

Et quia vtrumque hoc interdictum retiuendæ possessionis est, ideirco datur non nisi possidenti *d. §. retinendæ.*

Possessorem porro non eum intelligi oportet qui non sibi, sed alteri, non suo, sed alieno nomine possident, sed soli illi, qui possident suo nomine, textus *in l. si duo. 3. §. creditores 8. vti possidet.* Quocirca si colonus aut inquilinus cōtrouersiam possessionis patitur, non poterit hoc interdicto vti ad retinendam possessionem *d. §. creditores.*

Cui non obstat quod vsufructuario, quem & ipsum constat suo nomine non possidere, hoc interdictum vti possidetis vel vtrubi competat *l. vlt. ff. uti possidet.*

Respondet Donell. *in d. l. vnic. n. 3. Cod. vti possid. n. 5.* Vsufructuarium è nunero illorum, qui alieno nomine possident, exceptum fuisse; Exceptionis rationem hanc reddit, quod si duo fructuarii inter se committantur, ambo pro dominis & possessoribus se gerant; idque pari iure, vt dum vni defendetur possessio fundi aut ædium, nulla fiat iniuria aduersario, qui eandem possessionem & eadem ex causa sibi defendebant.

Sed mihi dicendum videtur fructuarium suo nomine possidere, non quidē ciuiliter sed naturaliter tamen *l. 12. ff. de acquir. possess.* Vide quæ de hac quæstione *an vsufructuarius possideat?* dixi supra *disputat. 21. thes. 4. lit. C. volum. poster.*

Nihil præterea refert, iuste quis possideat, an iniuste: Naturaliter, an ciuiliter, modo non viciose, hoc est, nec vi nec clam, nec precario possideat ab ipso aduersario *l. 1. princ. & §. 1. l. fin. ff. vti possidet.* Et ratio est quod qualicunque etiam possessor, hoc ipso, quod possessor est, plus iuris habet, quam qui non possidet.

Solus igitur ille possessor ab hoc interdicto excluditur, qui ab aduersario vi, clam, aut precario posidet; Non etiam qui ab alio, quam aduersario, posidet vi, clam, aut precario. Vi ab aliquo possidet qui eum vi deiecit & ita possessionem tenet. *l. 1. §. vi possidere. ff. vnde vi.* Clam possidet qui possessionē furtiue ingressus est, ignorante possessore cuius controuersiā metuit *l. clam. ff. de acquirend. poss.* Precario possidet, qui ab alio precibus impetrauit vt sibi rem eius possidere liceret *l. 1. ff. de precar.* De nudo detentore quæritur an interdictum habeat vti possidetis pro detentione sua?

Quæ. 39. *An nudus detentor habeat interdict. vti possid.*

Pro negatiua facit hæc ratio quod nec interdictum *vnde vi* quod tamen longe fauorabilius est interdicto vti possidetis, modo detentori competat *l. 1. §. deiicitur. ff. de vi & vi armata.*

2. Probat eandem assertionem, ratio petita ex *l 3 §. creditores. ff. vti possidet.* dum illic Vlp. ait ideo creditoribus in possessionem missis causa custodiæ non reddi illud interdictum, quia non possident. At vero illi qui ex primo decreto sunt in possessionem missi detinēt, Id quod nemo hominum negat; Consequens igitur est quod detentatori nudo interdictum hoc vti possidetis non detur.

3. Et sane suadet hoc ipsum ratio iuris euidentissima. Et quippe hoc interdictū retinendæ possessionis, quocirca in eo qui isto experitur, semper præsupponit possessionem: At vero detentio nuda nō est possessio: Possessio quidem est detētio, vt eam supra definiuimus, sed non omnis detentio est possessio argum. *l. officium. 9. in fine. l. de Rei vindicat.*

Equidem Petr. Faber in cōtrariam, discessit sentētiam, statuens etiā nudo detentori competere hoc interdictū; Cuius assertionis hasce adducit rationes.

1. Interdictum *vnde vi* redditur spoliato detentatori, vti colligitur ex *l. Fulcinius ff. de vi & vi armata.* vbi secundum: glossam, nomen possessionis large pro detentione sumitur.

2. Interdictum de itinere actuque priuato conceditur soli detentori *l. 1. §.*

fitibi

si tibi. ff. de itinere actuque priuato: Cum tamen interdictum *vti possidetis*, quod retinendæ possessionis esse diximus magnã similitudinẽ cum ipso habere videatur.

3. Insuper interdictũ de superficieb. ꝙ retinendæ possessionis est, conceditur.

4. Postremo eandem opinionem propugnare videtur textus *in l. vlt. C. de prætorio pignore*.

Sed hæc argumenta non admodum sunt magni momenti; & illis respondet Menochius *d. remed. 3. retinend. poss. n. 46. & sequent.*

Et quidem ad primum argumentũ respondet; In casu *d. l. Fulcinius*, solã detentionẽ non considerari, sed etiam possessionem. Nec nomen possessionis ꝓ detentione ex *l. 1. §. quod autem ait. ff. de vi & vi arm.* accipiendum, quandoquidẽ *in d. §. quod autem.* conceditur illud interdictũ in consequentiã ꝓ detentione rerũ, quas è sua possessione deiectus apud se habebat Nã etsi principaliter illud interdictũ pro aliennis nõ redditur conceditur tamẽ in consequentiam vt vtrumque recuperet.

Deinde anim aduertendum est, interdictum vnde vi non esse retinendæ, sed recuperandæ possessionis, & ideo à nostro interdicto plane diuersum.

Ad secundum argumentum respondetur interdictum illud de itinere actuque priuato, reddi detentori cũ non sit possessoriũ, ex quo sufficit ꝙ triginta dies vsus fuerit eo itinere. Deinde si recte perpendatur hic textus, hoc asserit interdictũ illud non reddi colono atque sic detentori, sed domino & possessori, cuius loco colonus itinere vsus fuit

Ad Tertium agumentum respondeo, interdictum de superficiebus propterea cõcedi colono & superficiario, quia volente domino & possessore superficiem illam verius possidere quã detinere dicuntur *l. 1. § 1. versic. sed longe vtilius. ff. de superficiebus.* Si ergo colonus turbatur, expelitur dominus, idque procedit etiam si facta turbatione colonus decessit.

Ad quartum & vltimum argumentum respondeo *d. l. vltimam* non aduersari nostræ sententiæ quandoquidem certum est quod istius l. remedium non nudo &, vti loquuntur, asinino detentori, sed vero possessori detur vti ex verbis ipsius legis patescit clarissime.

Datur hoc interdictum aduersus quonis modo turbantem *l. 1. §. restituenda in fine ff. vti possidet.* *Lit. F.*

Quæ. 40. An interdictum detur contra iudicialiter turbantẽ?

Nec interest, turbatio iudiciꝰ aliter fiat, an vero extraiudicialiter: Iudicialiter turbare dicitur qui possessori contradicit super possessione in iudicio: Menochius *in remed. retinend. possess. 3. quæst. 41.* vbi dicit bonam & non contẽnẽdam esse praxin ad definiendum hoc retinẽdæ iudicium ad possessoris commodum atque fauorem, vt cum is possessor videt actorem agere contra eum super re possessa, statim libellum porrigat super possessorio retinendæ petatque actorem à molestatione compesci, & si super hoc libello probabit defectum iuris agentis, obtineat silentium ei imponi, ne in posterum turbet.

Hæc autem sententia probatur hac ratione ꝙ turbare nihil sit aliud, quam ius possessoris obscurum reddere, vt inquit gloss. *in l. extat. 13. ff. quod met. causa.* quam quidem obscuritatem parit hæc indicialis contradictio.

Denique eadem assertio confirmatur *l. vltim. ff. si vsufruct. petat. l. si priusquam. ff. de oper. noui nunciant. l. Non abs re C. vnde vi. c. conquerente. de offic. ordin. cap. Audita de restitut. spoliat.*

Tenetur porro interdicto vti possidetis diffamator, qui alias verbalis turbator dicitur; sed tunc demum, quando per eã diffamationem possessio alicuius impeditur atque turbatur ita vt non possit propter istam diffamationem reperire operarios vel alias in ipsa possessione molestaretur.

Ex

Ex huiusmodi enim diffamatione vis infertur, vti DD. nostri loquũtur inquietatiua per textum *in l. vim facit. ff. de vi & vi armata.* vbi Pomponius ait: *vim facit qui non finit possidentem eo, quod possidebit, vti arbitrio suo; siue inserendo, siue fodiendo, siue arando siue quid ædificando, siue quid omnino faciendo per quod liberam possessionem aduersarii non relinquit.* Ad hãc igitur vim coercendam interdictum vti possidetis cõpetit. Menochius. *d. remed. 3. n. 92.*

De eo, qui nondum turbat, sed minatur saltem se turbaturum, quid habendum sit, quæritur?

Negat noster Treulerus eum interdicto vti possidetis teneri, sed ipsum actione iniuriarum conueniendum asserit per textum *in l. 13. in fine. ff. de iniur.* vbi ei quem ante ædes meas, vel ante prætorium meum piscari prohibeo dicitur iniuriarum actio contra me dari. Idem cõprobat Iulianus *in l. 25. ff. de act. empt.* dum ait contra eum venditorem, qui emptorem vineæ prohibet vuam legere dari iniuriarum actionem.

Veruntamen Menochius *d. remed. recuperand. possess. 3. n. 488.* asserit post Baldũ, minitantem ob solas minas hoc interdicto teneri, quam sententiam laudat etiam Petr. Freder. *de interdict. tit. 7. cap. 1. n. 10.* Quid enim si minis istis possessio alicuius impediatur, efficiaturque vt coloni metu territi non audeant colere fundum? Sane cum tali minitatione possessio impediatur atque vis inquietatiua inferatur, non video cur non hoc casu locus esse debeat interdicto vti possidetis.

Nec obstant quicquam textus supra pro authore adducti: Non enim loquũtur de minitante, sed aperte de prohibẽte aliquem quid facere in suo, aduersus quem dari interdictum vti possidetis nullo modo dubitari potest; quanquam enim iniuriarum actionem istis, in casibus competere dicatur, non tamen exinde sequitur quod non etiam interdictum hoc reddatur; quia rarum non est vt duæ pluresue actiones concurrant.

Etsi porro turbatio possessionis variis fiat modis, ita vt vix comprehendi possint, eos tamen turbationis modos ad 28. refert post Rebuffum Menochius *d. remed. 3. n. 467. & seqq.* primo enim turbatur aliquis iudicialiter cum negatur possidere ab aduersario asseritur, quod ipse solus sit possessor *l. 1 §. sed et si inter ff. vti possidet. in verb. alter se magis possidere affirmat.* **Lit. G. Quæ. 4 Quot modis possessioni fiat turbatio?**

2. Iudicialiter turbat qui alterius possessionem ingreditur ex decreto iudicis inualido, cum is ingrediens vel ratione naturali scire potest decretum esse inualidum vt quia concessum fuit parte non citata.

3. Iudicialiter turbat qui à iudice sequestrum obtinet quo alterius possessio sub illo sequestro sit.

4. Turbat colonus dominum quando alteri tradit fructus vel pensionem, vel quando alteri hæc tradere promittit cõtra ipsius domini voluntatem *l. quamuis. §. 1. ff. de acquir. possess.*

5. Turbat possessorem qui illius fundum alteri locauit.

6. Recipiens fructus rei meæ, etiam per vim, me absente turbare dicitur & non spoliare.

7. Asserens de re mea me turbare dicitur *l. si duo. §. item videamus. D. ff. vti poss.*

8. Asserens se habere ius vel seruitutem in re mea turbare me dicitur propterea quod res mihi non est libera *l. 1. hoc interdictum. l. si duo. §. si vicinus. ff. vti possidet.*

9. Impediens me vti seruitute fundi, turbare me dicitur in illa fundi possessione.

10. Impediens arare vel colere fundum vel fructus è fundo percipere tur-

bare dicitur *l. vim facit. §. 1. Digest. de vi & vi armata. l. si duo §. item videamus. ff. uti possidet.*

11. Turbare dicitur qui prohibet me re mea uti *d. l. si duo.*

12. Qui minis colonis infert ut illi, metu territi non audeant fundum colere.

13. Turbat is, qui sepem facit vel murum vel si fossam fodit, ne per fundum iter faciam.

14. Qui intrat in possessionem tel me, tanquam in rem suam, inuito, *leg. Diuus. Digest. de seruitut. rustic. prædior.*

15. Turbare is dicitur qui rem alterius vendit & alteri tradit.

16. Qui prohibet me in meo ædificare me turbare dicitur *l. si duo. §. hoc interdictum.*

17 Qui in meo fundo, me ibidem existente, aut serit, aut colit *l. vim facit. ff. de vi & vi armata.*

18. Is turbat possessorem fundi, qui, eo inconsulto, in fundo illo arbores plantat.

19. Is turbat fundi possessoré, qui arbores in fundo incidit vel colonum meum ne incidat, impedit. *l. Nam etsi ramos. ff. quod vi aut clam.*

20. Is turbare me dicitur in quasi possessione eligendi & præsentandi, qui me inconsulto, eligit vel præsentat.

21. Turbat in incorporalibus qui prohibet censum, vel vectigal, vel reditus mihi pendi vel si curat muliones alio transite ne pedagium mihi pro mote soluant.

22. Turbat, qui se mihi opponit.

23. Qui me ignorante & absente sciens ingreditur rei meæ possessionem, quia in mea ciuili possessione, quam animo retineo, me impedit *l. Clam possidere. §. qui ad mundinas. D. de acq. possess.*

24. Qui agricolas in possessionem rei meæ, tanquam suæ, inducit.

25. Quando quibusdam specialiter data est facultas vendendi vinum, carnes, coquendi panem vel quid aliud agendi, si alius vendit in eius damnum, hos turbare dicitur.

26. Si quis debet arma atque insignia alterius, eum turbare dicitur.

27. Turbatio etiam fieri dicitur per quamcunque molestiam & impedimentum. *§. retinendæ I. de interdict.*

28. Postremo Turbare is dicitur qui resistit possessori.

De his vero viginti octo modis prolixius ait Menoch. *d. n. 467.* vbi videri potest.

Porro hoc interdictum uti possidetis duplex est, sicut & cætera retinendæ possessionis interdicta *l. 3. § 1. ff. uti possidet.* Ita scilicet duplex ut in eo vterque sit actor & reus, nec discerni possit facile vter agat, & vter conueniatur. Ita Vlpianus *in l. 3. §. 1. ff. uti possid. hoc,* inquit *interdictum duplex est & hi, quibus competit, & actores & rei sunt.* Interim tamen pro actore ille habetur, qui primus ad iudicium prouocauit, vti de duplicibus iudiciis scribit Caius *in l. 13. ff. de iudic. In tribus,* inquiens; *istis iudiciis familiæ herciscunda, communi diuidundo & finium regundorum quæritur, quis actor intelligatur, quia par causa omnium videtur, sed magis placuit eum videri actorem, qui ad iudicium prouocasset.* Lit. H.

Quod ad sententiam, quam in hoc interdicto iudex pronunciare debeat, attinet, sciendum est, iudicem non debere ita sententiam ferre ut verba edicti concepta sunt, *Vti possidetis res litigatores, ita possideatis, aduersus id vim fieri veto.* Lit. I.

Nec enim putandum est hisce verbis sententiam prætoris de possessionis controuersia contineri, cum illis verbis exprimatur interdictum prætoris, id est, formula iudicii de possessione, quam solebant prætores olim reddere litigatoribus, quo tempore formulæ iudicio-

 rum

tum in vsu erant, quæ postea sunt sublatæ *tot. tit. C. de form. & impetrat. sublat.* His quippe formulis prætores de iure pronunciabant sub cõditione facti: *Si hic aut ille possideret. Si Lucius Titius mutuũ dedisset, si Lucius Titius furtum fecisset.* Et remittebatur res ad iudicem, qui de re & facto cognosceret, deinde de iure, secundum formulam pronunciaret.

Pronunciat igitur iudex hoc in interdicto; Lucium Titium, verbi causa possidere non enim possessionem ei dat iudex, sed eum, quæ est, declarat, vt de dominio & seruitute dicitur *in l. & ex diuerso §. 1. Digest. de Rei vindicat. l. sicut. §. sed si quæritur. Digest. si seruit. vindicet.* Deinde possessionem ita confirmat vt condemnet aduersarium in futurum, ne vim faciat possidenti, quo minus ita possideat, vt verba interdicti indicant. Donell. *ad l. vnic. C. vti poss.*

Quæst. 2. *An in interdicto vti possidetis fiat condẽnatio m cautionem de non amplius turbando præstandam?* Sed de hoc quæritur vtrumne in hoc etiam condemnatio fiat vt reus cautionem præstet de non turbando? Affirmat Duarenus *lib. 1. an. disputat. cap. 21.* Bartolus *in l. 1. §. hoc interdictum num. 10. Digest. vti possidet.* Salicetus *in l. vnic. versic. Nunc accedo Cod. eod. tit.* Petrus Frederus. *de interdict. tit. 7. cap. 2. num. 6.* vbi dicit hanc cautionem fieri posse non tantum sub pœna damnorum, expensarum & interesse, verum etiam sub pœna pecuniaria, vel simpliciter sub datis fideiussoribus.

Et pro hac sententia facit *l. vnic. Cod. vti possidet.* in verbis: *ac satisdationis vel transferendæ possessionis edicti perpetui forma seruata*; quibus significari videtur, iudicis officium esse, vt iubeat eum, qui succubuit, satisdare aduersario, se nullam ei molestiam facturum, nec eum impediturum, quo minus ea re libere vtatur, donec de iure suo docuerit.

2. Pro hac eadem opinione militare videtur textus *in l. penult. Digest. de aqua quotidiana & æstiua*, vbi in seruitutibus viæ, itineris, aquæ ductus, si dominus fundi de earum possessione victus sit, iubetur aduersario cauere, se non impediturum agentem, euntem aquamue ducentem.

Veruntamen in contrariam sententiam transeunt Hugo Donellus. Hubertus Giphanius *in d. l. vnic. Cod. vnde vi.* Iacobus Menochius *d. remed. 3. n. 81.*

Et pro ista assertione Donellus hac vtitur ratione, q̃ hæc cautio in seruitutibus nominatim exigitur à victo; quod, ait, argumento esse in controuersiis rerum corporalium à victo eam exigendam non esse: Nam & cum quis in confessoria actione de seruitute iudicatus est seruitutem debere, cautio superior in illo exigitur *l. agi. l. harum. Digest. de seruitut.* Et tamen inter omnes conuenit in controuersiis de proprietate rerum corporalium nullam talem cautionem à professore exigi: Quod igitur de seruitutibus quoad propositum est receptum, ad res corporales non debet transferri.

Ad contraria fundamenta, & quidem ad plurimum respondet Menochius *d. remed. n. 3. 812.* post Iohannem Robert. Aurelianensem *lib. 3, sentent. c. 21.* Cuiac. *in commentar. de recept. sent. Pauli l. 1. tit. 11.* verba ista, *satisdationis vel transferendæ possessionis*, referenda esse non ad victũ, sed ad victorẽ; ita vt hoc significẽt, satisdandum esse ab eo qui in possessorio hoc iudicio obtinuit nihil se in re deterius facturum, sed rem cuius possessionem obtinuit, si in iudicio petitorio cõtra se iudicatum fuerit, saluam & illæsam se constituturum. Ita enim huius satisdationis meminit Cicero *in 3. Verrin. Vindiciarum lis est*, inquiens, *Cum litigatur de ea re apud prætorem, cuius incertum est quis debeat esse possessor. Et ideo qui eam tenet, satisdat.*

tisdat pro prade vindiciarum aduersario suo, nihil se deterius in possessione facturum, de qua iurgium est. Quocirca nisi satisdet hoc modo victor, possessio in petitorem transfertur. Id quod Iulius Paulus *lib. 1. recept. sentent. tit. 11.* his verbis confirmat: *Quotiens hereditas petitur, satisdatio iure desideratur & si satisdatio non datur, in petitorem hereditas transfertur, si petitor satis lare noluerit, penes possessorem possessio remanet; In pari enim causa potior est possessor.*

Aliter textum istum *d. l. vnic.* interpretatur Hugo Donellus. Hic enim *in d. l. vnic. num. 25.* ait hisce verbis; *ac satisdationis vel transferēda possessionis edicti perpetui forma seruata de proprietate cognoscet.* hoc tradi remedium vt vnus ex litigatoribus offerat alteri satisdationem Iudicati solui, qua contineatur se rem cōtrouersam curaturum & si aduersarius de proprietate vincat, se ei & rem & fructus & omnem causam restituturum; quoniam scilicet ita iudicabitur; id est condemnabitur. Et si recipiatur hæc satisdatio ab eo, cui offertur, qui ita satisdabit, solus possideat: Si non satisdet, transferatur possessio ab eo in aduersarium, eadem conditione, si & ipse vice mutua satisdederit, quo casu & ipse solus possessor habeatur. Mihi, altetius, rectius sentientis, indicio saluo prior interpretatio melior esse videtur.

Ad secundum argumentum responsio ex iam dictis patet: Quod enim cautio requiritur quando de seruitutibus agitur; id in seruitutibus speciale esse dictum & ostensum est supra; Ratio autem specialitatis & exceptionis hæc à Donello *d. l. vnic. num.* 20. & Æguinar. Baron. ad *l. 1. pr. eod.* traditur, quod nihil fit in seruitute, quod dominus, qui de seruitute victus est, restituat corpore: Seruitutis namque nulla est possessio *l. quoties, vltim. Digest. de seruit.* & ob eam causam in subsidium exigitur cautio à victo, quæ fit pro seruitutis restitutione. Nihil tale in rerum corporalium possessione: Quandoquidem possessio rei corporalis restitui potest, qua restituta inepte sane quæritur aliud quod restitutionis vice fungatur.

Eodem inclinare videtur Menochius *d. loco.* dum ait, ideo in seruitutibus à victo requiri cautionem, quia seruitutum nulla possessio momentanea apud victorem esse possit.

Dictum est, interdictum retinendæ possessionis *vti possidetis* esse duplex; ita vt in eo vterq; actoris & rei partes sustineat. *Lit. K. & L.* Quæst 43 *Si vterque litigantium possidet, vter vincat?*

Cui consequens est vtrique incumbere onus probandi, quod, secundum iura imponitur actori; Et quidem is qui prius ad iudicium prouocat deque turbatione cōqueritur probare debet duo, primum, quod turbationis tempore possederit, vnde præsumetur quod & litis contestatæ possederit. Deinde probare debet ipsam turbationem.

Hoc igitur interdicto vincit iure ciuili, qui turbationis factæ aut litis contestatæ possedit. At iure Canonico sufficit antiquioris possessionis probatio *c. licet, extr. de probat.*

Sed quid si vterque litigantium possidet? & quidem Menochius, Bartolum & alios secutus, tredecim casuum distinctione hoc explicat.

Si enim primo vnus illorum iuste, alter vero iniuste possidet, tunc is vincit, qui iuste possidet; quod extra omnem controuersiam positum esse ait, atque hoc casu dicit aduersarium condemnari ne amplius iustum illum possessorem molestia afficiat.

Secundo si ambo iuste possident, diuersis tamen ex causis; vt quia vnus est proprietarius alter vero fru-

ctuarius, tunc vterque obtinet & vterque diuersis respectibus condemnabitur hoc est fructuarius ne proprietarium turbet in possessione suæ proprietatis & è contra ne proprietarius turbet fructuarium.

Tertio cum vnus iuste possidet, & alter iniuste ab alio, quam ab aduersario: tunc iuste possidens obtinebit & aduersarius condemnabitur.

Quarto, cum vnus iuste possidet, & alter iniuste à suo aduersario, tunc iuste possidens obtinet & aduersarius condemnatur.

Quinto cum ambo iuste & ex eadem causa obtinent, & possessio in omnibus æqualis est, eo excepto, quod vnus suam possessionem melioribus ac validiorib. probationibus probauit, tunc is qui melius probauit, obtinet, propterea, quod vbi cætera paria sunt, probationes illæ meliores & efficaciores ita obscurant, atque debilitant minus efficaces, vt minus veræ credantur: vt mirum minime fit, si is qui melius probat, obtinet, *l. ob carnem §. vltim. ff. de testib.*

Sexto cum probationes omnes æquales sunt, sed dubitatur de dignitate, tunc testes rei conuenti digniores præsumuntur, ob id in dubio is debet obtinere.

Septimo cum probationes omnes æquales sunt, tam numero, quam dignitate: tunc si vnus probat suam possessionem esse antiquiorem illa aduersarii, obtinebit. Ea ratione, quod ex quo duo in solidum obtinere eodem tempore non possunt, *l. 3. §. ex contrario. ff. de acquir. possess.* recentior illa possessio clandestina præsumatur, *d. c. licet causam. de proba.* nō ergo ad obtinendum in hoc interdicto prodesse potest. Possessio autem antiquior illa etiam iudicabitur, quæ diutius possessa est per se & suos antecessores, quæ tempora simul iunguntur. *l. Pomponius. §. cum quis, de acq. poss. l. in tempus. ff. de vsucap.*

Octauo cum probationes omnes æquales in omnibus sunt, sed eorum vnus probat possessionem suam esse illa aduersarii antiquiorem, & aduersarius iuniorem possessionem habens probat se antiquiorem titulum habere: nam adhuc dicendum est hoc in casu obtinere habentem possessionem antiquiorem.

Nono cum probationes æquales omnino sunt, sed vnus probat antiquiorem possessionem sine titulo, alter vero iuniorem cum titulo. Hoc in casu obtinere adhuc debet, qui possessionem antiquiorem probat.

Decimo cum vtriusque probationes æquales sunt, & vterque etiam probauit possessionem æqualis temporis, sed vnus probat titulum, alter vero non, tunc iustum titulum ostendens obtinet. Et Bald. scribit ex antiquitate tituli præsumi possessionem antiquiorem, & ex eo titulo possessionem subsecutam.

Vndecimo cum ambo titulum & possessionem probant, sed vnus probat titulum antiquiorem: tunc probans titulum antiquiorem obtinet, atque ita pro eo pronunciandum est. Ea ratione, quod in pari causa præfertur qui melius titulum probauit, ac probans titulum antiquiorem, melius probare dicitur, *l. quotiens. C. de rei vendic. iunct. d. c. licet causam.* secundo quia is, qui titulum antiquiorem probat in dubio etiam præsumitur probasse possessionem antiquiorem, cum eam habuisse præsumatur ratione sui tituli, quem probauit iuxta *l. quædam. ff. de rei vendic.*

Duodecimo cum ambo parem possessionem, & parem titulum probant, sed vnus melius probat titulum: tunc hic melius probans titulum antefertur.

Decimotertio cum omnino pares sunt vtri-

vtriusque probationes, & ambo vel nullum titulũ ostendunt, vel ambo adeo parem ostendunt, vt probabiliter ignorare possit iudex, pro quo sententiam ferre debeat. Hoc in casu maxime dubitant Doctores, quæ sint iudicis partes.

Vna fuit opinio eorum, qui dixerunt iudicem pronunciare debere, *vti possidetis. ita possideatis*, vt ita neuter vincat, nec vincitur. Quam quidẽ opinionem probari credunt *in l. si duo. in prin. ff. vti possid.* Sed ea est ratio aduersus primam hanc opinionem, quod sententia hæc in certa diceretur, contra *l. vltim. C. de sentent. quæ sine certa quant. & §. curare. l. de action.* Rursus ex ea sententia daretur contendentibus occasio veniendi ad arma, quod iudex ferre non debet. *l. æquissimum. ff. de vsufruct.* Nec aduersatur *d. l. si duo*, quia loquitur, cum iudex pronunciat vtrumque possidere, diuersa possidendi specie: vt quia vnus possidet vt fructuarius, alter vt proprietarius, nos vero loquimur, cum ambo probant in solidum se possidere eadem specie possessionis, nam istud possibile non est nec iure naturali, nec ciuili, & ob id hoc modo iudex non potest pronunciare, quoniam impossibilitatem sententia contineret, vel saltem aliquod inconueniens pararet.

Secunda fuit opinio eorum, qui dixerunt, iudicem debere se questrari facere possessionem apud alium, ne contendentes ad arma deueniant, iuxta *d. l. æquissimum. de vsufructu.* Quod etsi aliquam in se æquitatem habeat, attamen in maxime ceruicosis non leue scandalum parere posset: siquidem eorum nemo (nisi eorum alter rem aperte claram haberet) actoris partes suscipere, & sic armis res tractaretur.

Tertia fuit opinio, quod sorte hæc quæstio dirimi debeat, iuxta *l. in tribus. ff. de iud. & l. vlt. in princ. C. comm. de leg.* Ea ratione, quod hæc non iuris sed facti quæstio est. at quæstiones facti forte non terminantur *l. duo sunt Titii. ff. de test. tutel.* cum tamen quæstio iuris dirimi valeat, *d. l. in tribus. ff. de iud.* Nec aduersatur, hanc non esse quæstionem facti, sed potius iuris, cum sit disputatio possessionis, quæ & in acquirendo & in retinendo plus iuris quam facti habet *l. 1. & l. possessio.* Siquidem verius est facti & non iuris esse, quis sit in possessione, quemadmodum scribunt omnes *in l. stipulatio ista. §. hæc quoque. ff. de verbor. oblig.* Non etiam officit quæstionem facti maxime arduam atque difficilem sorte dirimi posse, ex sententia *gl. in c. non exemplo. 26. quæst. 2.* quandoquidem nec hoc iure probatur.

Accedit, hoc iudicium à iudice tunc demum ita diffiniri posse, cum ab eius persona secus si à contendentibus pendeat: nec enim licet sorte dirimere, nisi contendentes ipsi consentiant.

Quarta fuit opinio, quod iudex debet in causa supersedere, atque ita partes contendentes dimittere. Quæ sane sententia vel ex eo confirmari potest, quod respondet Vlpianus *in l. idem Pomponius alias, si de meis. §. vltim. ff. de recept. arbitr. Proinde*, inquit ille, *si forte vrgeatur à Pratore ad sententiam, æquissimum erit, si iuret sibi de causa nondum liquere, spacium ei ad pronunciandum dari.* Hic etenim ob probationum concursum & ambiguitatem de causa vere non liquet: Videtur ergo posse supersedere & contendentibus dimissis in tempus iudicium differre. Accedit quod in his dubiosis & inexplicabilibus quæstionibus (quas Græci ἀντιςρέφοντας appellant) ita aliquando à sapientissimis Græcorum iudicibus pronunciatum fuerit, inter Protagoram Sophistarum acerrimum & Euathlum eius discipulum. Cuius rei meminit Gellius *lib. 5. noct. Attic. cap. 10.* qui scribit, iudices audita dubia & inexplicabili quæstione, rem iniudicatam reliquisse, causamque in diem longissimam distulisse

lisse. Non dissimile fuit iudicium Areopagitarum sapientissimorum aduersus mulierem quæ virum & filium, eodem tempore, venenis clam datis, interfecerat, atque id se fecisse confitebatur, dicebatque se habuisse faciendi causam, quoniam ille idem maritus & filius alterum filium mulieris ex viro priori genitum, adolescentem optimum & innocentissimum, exceptum insidiis, occidissent, ad Areopagitas re delata, illi causa cognita, accusatorem mulieris, & ipsam quæ accusabatur, centesimo anno adesse iusserunt, auctores sunt Valer. Maxim. *lib. 8. cap. 1.* & Gellius *lib. 12. noct. Attic. cap. 7.* Huc pertinet quod memoriæ proditum est ab eodem Gellio, *lib. 14. noct. attic. cap. 2.* dum scribit, se de re maxime dubia pronunciasse, sibi non liquere. Sed hæc opinio mihi non probatur, quandoquidem iniudicata causa hæc scandalum aliquod inter contendentes parere posset. Accedunt rationes illæ, quibus prima opinio refellitur, à qua hæc vere non distat. Exempla vero ex Valerio & Gellio recitata, etsi ad rem conferre videantur, attamen illis ita pronunciare placuit, quod secus pronunciari placuit, quod secus pronunciari poterat, id quod hic non omnino contingit. Quod autem ex *d. l. idem. Pomponius §. vltim.* diximus, procedit cum probationes aliquæ factæ non sunt: ita vt nec vno, nec altero modo veritate constare potest, at secus hic. Dida. *lib. 1. variar. resolut. cap. 1. num. 9. versic. septimo sunt.*

Quinta opinio est, iudicem debere eam possessionem in medio diuidere, & partem vni, partem alieni assignare. Ea ratione, quia si duo fructuarii sunt in fundo, quippe quod cuilibet relictus sit vsusfructus in solidum, certe ii facerent sibi partes per concursum, & vterque erit in possessione pro dimidia *l. vlt. in pr. ff. vti possid.* Idem dicimus in duobus legatariis, qui per concursum partes sibi facerent. Hoc idem & in duobus institutis diffinierunt Impp. *l. & hoc Titius. ff. de hered. instit. & §. vlt. Inst. eo.* Quemadmodum ergo in illis casibus diuisio hæc ob probabilem dubitationem admittitur, ita etiam in casu nostro dicendum est, cum duo vel æqualem, vel nullum titulum ostendunt. Nam ambo titulum à iure gentium habere videntur: quasi occupauerint rem vacantem, & quæ in nullius bonis erat, cum dominus non appareat. Quocirca pronunciabit iudex vtrumque istorum communiter possidere & pro in diuiso, & diuident, si eis visum erit. Verum hæc ratio eo casu procedere posset, quo testes essent compatibiles. ita quod effici possit, vtrumque pro parte possidere: vtpote si examinati hinc inde teste affirmant vidisse hos contendentes possidere, nec exprimunt an insolidum, vel pro parte. Posset equidem hoc casu procedere hæc opinio, quia intelligere facile posset iudex, pro parte possedisse, tum ex relata ratione, tum etiam vt testes inter se conueniant, iuxta *ca. cum tu. de testib.* Procedere etiam posset hæc Bartoli & sequacium opinio, quando possessio talis foret, quæ in solidum à duobus possideri posset, vt in quasi possessione castri, iurisdictionis ac similium. Sed tota in eo versatur difficultas, cum hinc inde interrogati testes affirmant, quod vterque possidet & insolidum, ita quod discerni non potest, quis verus possessor fuerit, & necesse est testes vnius partes falsum dixisse, ex quo duo insolidum eodem tempore rem vnam possidere non possunt, *l. 3. §. ex contrario. & §. si pluribus ff. de acquir. poss.*

Sexta fuit opinio, quod reus absolui debeat: Quæ sane opinio probari potest *in l. inter pares ff. de re iud. & in l. Iulia Petronia. ff. de manum. test.* Verum duo hæc iura fauore libertatis procedere, scriptum reliquit Boer. *d. q. 239. n. 4.* qui etiam ait *l. si pars. ff. de inoff. test.* procedere non ex sola persona

rei,

rei, sed ex causa testamẽti, pro quo in dubio iudicandũ est. Quocirca melius confert ꝙ dicere solemus, reos esse in dubio absoluendos ex *l. Arianus. ff. de actio. & obligatio. l. fauorabiliores de reg. iur.* Orianus inquit hanc opinionem probari, ꝙ existentibus partibus probatoribus actoris & rei confusio fit. Quo stante, sequitur, ꝙ actore non probante, reus absoluitur, *l. qui accusare. C. de edend.* Verum diluitur hæc ratio ex his, quæ nunc subiicientur. Hæc ergo opinio vere solum procedere potest, vbi constat quis actoris & quis rei partes sustinet. At contra, cũ ambo contendunt, quoniã æque vnus ac alter (vt iam diximus) actoris partes sustinet. Nec adhibenda est differentia, ꝙ vnus prius ad iudiciũ prouocauerit. Illud n. non facit vt is actor & aduersarius reus dicatur, quemadmodum dicebat Alexan. siquidem hoc quoad ordinem iudicii procedit, non autem quoad substantiam.

Septima fuit opinio eorum, qui dixerunt iudicis arbitrio relinqui, vt is controuersiam, vt sibi æquius visum fuerit, diffiniat. Quorum quidem opinio vel ex eo confirmatur, ꝙ in maxime dubiis gratificationi locus est. Accedit, quod in dubiis iuris quæstionibus, facultaté habet iudex eligendi, quam mauult sequi opinionem, quemadmodũ scripsit Menoch. *lib. 2. de arbitr. iud. casu 177. n. 6. & casu 339. n. 19.* Præterea non esse datum arbitrium hoc iudici, vel ex eo constat, quod non potest iudex, qui arbitriũ amplum habet, vni auferre vt alteri tradat, vti scribit Menoch. *in lib. 1. de arbitr. iud. q. 48.* satius foret neutri possessionem adiudicare, & ab eo vtrumque exire iubere.

Vltima est opinio eorum, qui senserunt ad principem & superiorem esse recurrendũ; quæ sententia vera est; Nam etsi princeps & superior dominus non sit singularis personæ, attamen ipsius est rixas & controuersias sedare & componere, quod vbi alia via præstare non poterit, diuisione facta, partem vni & partem alteri assignabit: quemadmodũ fecisse Tiberium Cæsarem scriptum est *in l. & hoc Titius. ff. de hered. instit.* Nisi illi principi placuerit magis sequi exemplum illud egregium M. Sylui Othonis, qui postea imperauit. is cum priuatam adhuc ageret vitam, à duobus de finibus arbiter electus, agrum, de quo orta erat quæstio, ab vno eorũ emit & alteri contendentium dono dedit, atque ita inter ipsos litẽ sustulit, auctore Fulgo. *lib. 8. c. 2.* Verum illud non prætereo, vix fieri posse, quin bene oculatus doctus, & diligens iudex adhibito omni studio & prudentia, habito etiam peritissimorum consilio aliquibus coniecturis & præsumptionibus deprehendat quis in possessione potior sit, quemadmodum in re maxime dubia prudentissimum Salomonem obseruasse legimus *in c. afferte gladium. de præsumptionib. Regum 3. c. 3.*

Et hæc ita Menoch. in loco ab Authore nostro allegatus. Iure Saxonico res hæc videtur esse decisa, ista vt qui maiorũ numerũ testiũ habuerit, vincat: Sin probationes sint pares, sorte res dirimatur. prævio tamẽ actoris & rei iuramẽto: verba hæc sunt iuris Saxonici: Sprechen zween ein Gut mit gleicher Ansprach an/wer die mehreste Menge an gezeugen hat / der behelt das Gut/kan man aber keine Beweisung haben / so mag man beyde Theil durch das Loß entscheyden: Aber der Kläger vnnd auff den die Klag gehet/sellen darzu schweren/*lib. 3. Landt-Recht artic. 21.*

RESOLVTIO THESIS IV.

Interdictũ porro vti possidetis duplex est, vtile & directũ. Vtile interdictum ait noster Treutl. dari illis qui rerum incorporalium quasi possessores sunt. Et hæc receptissima est Dd. sententia, quod seruitutum tam realium, quam personalium nomine detur vtile interdictum vti possidetis. Quæ. 44. *An de rebus incorporalibus competat vtile interdictum vti possidetis?*

Verum-

Veruntamen ab hac sententia recessit Hubertus Giphanius *in tit. C. vti possidetis*. cuius hæc sunt argumenta.

1. Interdictum, inquit vti possidetis est de vera possessione: Atqui possessio vera non cadit in seruitutes cæterasq; res incorporales; prout hoc ostensum est supra *disput. 21. Thes. 1. lit. D.* per textum *in l. 3. pr. ff. de acquir. vel amit. poss.*

2. Insuper de seruitutibus propria sunt constituta interdicta vt de itinere actuque priuato de aquæductu, de fonte, de riuis, de cloacis, &c. quæ interdicta dicuntur quasi possessoria *l. 20. ff. de seruit. l. 1. §. hac interdicta. ff. de aqua quotid. & æstiua. l. 2. §. vlt. ff. vti possidet.* vrbanis quidem seruitutibus nulla propria sunt interdicta, sed potest commune interdictum quod vi aut clam earum nomine intendi *l. 6 §. sciendum ff. si seruit. vindic.*

3. præterea interdictum vti possidetis in seruitutibus foret inutile & superuacuum. Nam finis & effectus huius interdicti est vt intelligatur vter sit possessor propter iudicium petitorium. *§. retinendæ. I. de interdict.* Nam idcirco quæstio hæc vter sit possessor? hoc interdicto dirimitur, vt postea de dominio, siue iure agatur.

At in seruitutibus eo non est opus: Tum quia seruitutem petere potest, tam qui possidet, quam qui non possidet *§. æque I de actionibus l. 6. & si forte. & l. sicut §. sed si quæritur, ff. si seruit. vindic.* Tum quia oculis discerni potest in seruitutibus vter sit possessor verb. gr. si quis eat, si quis tignum immissum habeat.

Sed huic sententiæ obstare videtur textus *in l sicut. §. Aristo. ff. si seruit. vindicet*, vbi interdictum hoc vti possidetis dicitur locum habere si quis prohibeatur fumum immittere.

Verum Giphanius respondet illic interdictum vti possidetis non pro seruitute verum pro libertate vtendi re sua dari quemadmodum datur etiam *in l. 3. §. 2. & 3. ff. vti possidet. l. vim facit. ff. de vi & vi armata.* Id quod etiam verum est.

Obstare etiam videtur sententiæ Giphanii *l. 20. in fine ff. de seruitutibus.* vbi interdicta quasi possessoria dicuntur de seruitutibus esse constituta.

Respondet Giphanius hoc intelligendum non esse de interdicto vti possidetis, verum de propriis interdictis, vt de itinere actuque priuato; sed hoc falsum est, nec à Giphanio probatur.

Accedit huic fundamento & illud, quod vsusfructus ex omnium confessione sit seruitus & res incorporalis *tit. Instit. de rebus corporalibus & incorporalibus.* Vsusfructus autem nomine dari hoc interdictum vti possidetis, extra omnem controuersiam est positum & probat textus *in l. vltim. ff. vti possid.* quæ sic habet: *In summa puto dicendum & inter fructuarios hos interdictum reddendum, etsi alter vsumfructum alter possessionem sibi defendat, idem erit probandum, etsi vsusfructus quis sibi defendat possessionem & ita Pomponius scribit. Proinde etsi alter vsum, alter fructum sibi tueatur, & his interdictum erit dandum.* Hic certe non habebit Giphanius quod respondeat.

Nec est quod quis argumentis Giphanii magnopere moueatur.

Ad primum enim respondetur, directum interdictum vti possidetis esse de vera possessione, vtile vero esse de quasi possessione: Etsi igitur in seruitutes non cadat vera possessio & consequenter, de iisdem nec directum competat interdictum quia tamen quasi possessio est seruitutum cæterarumque rerum incorporalium *l. 10. ff. si seruit. vindic. l. vltim ff. de seruitut. & l. vltim. ff. vti possid.* Idcirco etiam vtile interdictum de seruitutibus ac rebus incorporalibus cõpetat *d. l. vlt. ff. de seruitut.* quo in loco ita Iacobus scribit: *Quoties vi aut aliquod ius fundi emeretur cauendum putat esse Labeo, per te non fieri, quominus eo iure vti possit, quia nulla eius-*

modi

modi iuris vacua traditio esset: Ego puto, vsum eius iuris pro traditione possessionis accipiendum esse, ideoque & interdicta veluti possessoria constituta sunt.

Ad secundum argumentum respondeo; Etsi de seruitutibus propria sint constituta interdicta, ex eo tamen non sequi quod de iisdem non etiam competat interdictum vti possidetis; quandoquidem nec infrequens nec absurdum est de eadem re plures competere actiones, vnam eius rei propriam, alteram vero communem; sic verb. caus. de re commodata competit commodanti aduersus commodatarium & actio commodati eius rei propria; & rei vindicatio communis & aliis etiam quam commodatis de rebus competens.

Deinde hoc etiam obseruandum quod ista interdicta seruitutum propria non sint de omnibus, sed de quibusdam solum seruitutibus constituta.

Denique etsi de seruitutibus non competeret interdictum hoc vti possidetis, exinde tamen inferre non liceret, istud interdictum de nulla re incorporali dari.

Ad tertium argumentum respondeo interdictum vti possidetis in seruitutibus nequaquam esse inutile aut superuacaneum, quia & in illis propter petitorium, necessum est sciri vter possideat: Is enim demum seruitutem vindicat, qui non possidet, qui possidet & negatoria agit, non certe vindicat seruitutem sed potius rei suæ libertatem asserit & alteri seruitutem sibi arroganti, seruitutem competere negat: vt igitur constare possit vter vindicare seruitutem debeat & vter vindicatione seruitutis sit conueniendus, hoc possessorium vti possidetis est necessarium; Et hoc non obscure probat *l. final. ff. vti possidetis.* in qua diserte ostenditur propter subsequens petitorium institui vsusfructus nomine possessionis; quod necessario etiam concedendum est: Nam Giphanii sententia est propter solum petitorium; esse hoc interdictum vti possidetis introductum: Ergo quando *in d. l. vltim.* de vsufructu datur, intelligitur propter petitorium dari.

Falsum autem & confictum est quod is etiã, qui possidet seruitutẽ, possit eam petere & vindicare; stultus enim hic foret si peteret quod iam habet: petitur id saltem quod nobis abest & quatenus abest. Nec ad rem pertinent textus à Giphanio in contrarium allegati: Nam hoc saltem volunt, quod, qui possidet rem corporalem, agere possit negatoria actione qua intendat seruitutem nõ competere aduersario; ius vtendi, fruẽdi, eundi agendi aquamue ducendi, iam altius tollendi perspiciendi, &c. non competere aduersario: At hic num, obsecro, petit seruitutem, dum negat in re sua alter seruitutem competere.

Sic etiam nihil aduersatur quod dicit Giphanius oculis facile discerni & diiudicari posse vter seruitutem possideat, ex exercitio videlicet seruitutis. Nam & is reuera seruitutem possidet, qui actu eam non exercet, cum possessio non solo corporali exercitio, sed animo etiam fiat, vt pluribus à nobis ostensum fuit in disputat. de seruitut. Cum de præscriptione seruitutum continuarum & discontinuarum ageretur.

Oppono deinceps exemplum vsusfructus, quia non minus oculis percipi potest quisnam vtatur fruatur, quam quisnam agat, aquam ducat, &c. Et tamen scriptum est diserte *in d. l. vltim.* interdictum vti possidetis de possessione vsusfructus dari.

Relinquitur itaque verissimum esse quod de rebus incorporalibus vtile interdictum vbi possidetis competat.

De vsufructuario a. anne interdictũ directũ, an vero vtile habeat, quæritur? Sunt enim qui ipsi directum interdi-

ctum tribuant; hisce rationibus moti.

1. Certum est quod vsufructuario competat directum interdictum vnde vi *l. 3. §. vnde vi interdictum. ff. de vi & vi armat.* Et cum interdictum istud competat possessori naturali *l. 1. §. deiicitur. ff. eod. tit.* consequens & vsufructuario, qui & ipse naturaliter possidet *l. 12. ff. de acq. poss.* interdictum hoc competere.

2. Confirmatur eadem sententia per textum *l. vltim. ff. vti possidet.* quo in loco dicitur interdictum hoc tribui vsufructuario, vtilis autem interdicti illic nulla penitus fit mentio.

3. Denique cum vsufructuarius non quasi, sed vere possideat vsumfructum *l. Naturaliter. 12. ff. de acquir. possess.* consequens est quod directum etiam habeat interdictum. Et quod vsufructuarius vsusfructus veram ac propriam habeat possessionem non solum *d. l. Naturaliter probat*; sed illud etiam confirmat Iacobus Menochius post Bartol. *in l. 1. §. interdict. ff. de vi & vi armata.* Ripam, *in rubric. de caus. possess. & propriet. n. 21.*

Sed quod vtile saltem de vsufructu suo interdictum habeat fructuarius, verius est ac sequentibus rationibus comprobatur. 1. *In l. final. ff. de seruitutib.* expresse scribitur seruitutum nomine dari *quasi possessoria interd. cta* idque ex hac causa, quia seruitutum vtpote iurium & rerum incorporalium non sit vera traditio aut possessio; sed vsus earum pro traditione & possessione habeatur. Cum igitur & vsusfructus sit seruitus *l. 1. ff. de seruitutib.* & nō magis vere tradi aut possideri possit atque reliquæ seruitutes, consequens est quod vsusfructus nomine quasi, seu vtile interdictum perinde vt & cætera rum seruitutum nomine competat.

2. Huic accedit & ista ratio quod interdictum vti possidetis directum propriam semper & veram possessionem præsupponit; vsufructuarius vero non possideat ius suum vere ac proprie sed improprie duntaxat: Id quod difficile non erit probare: Est quippe vsusfructus ius & res incorporalis *tit. Instit. de rebus corporalibus & incorporalibus* Atqui rerum incorporalium non esse veram possess. probat *l. 3. pr. ff. de acquir. poss. l. 10. ff. si seruit. vindic.* Nec sane ratio dari potest vlla ob quam vsusfructus magis vera sit possessio, quam reliquarum seruitutum.

3. Denique extra controuersiam est quod de seruitutibus realibus non detur directum interdictum *d. l. final. ff. de seruit.* Atqui nulla penitus ratio adduci potest, quare de vsufructu magis, quam de prædialibus seruitutibus hoc interdictum dari debeat. Ad argumenta vero Menochii non est difficile respondere.

Primo n. adhuc dubium & incertum est vtrum interdictum vnde vi directum detur vsufructuario: Et mihi verior ista videtur sententia quod non directum, sed vtile saltem ei detur; quod autem *in d. l. 3. §. hoc interd. ctum. & seqq.* dicitur interdictum vnde vi dari fructuario, id iuxta naturam vsusfructus quæ hæc est vt veram possessionē & consequenter directum interdictum non admittat, de vtili interdicto necessario intelligēdū est.

Neq; verū & q͂ ait Menoch. fructuarium habere veram & corporalē possessionem vsusfructus sui: Nam hoc supra solide refutatum fuit; Et alias etiā aperte absurdum est rei incorporalis, qualis est vsusfructus corporalem esse possessionem, contrarium vero non probat *d. l. Naturaliter. 12* quæ non de possessione vsusfructus, seu iuris fructuario in re constituti, sed de possessione rei ipsius fructuariæ intelligi debet: Ad secundū arg. ex *d. l. vlt. ff. vti possid.* desumptum, respondetur & istam legem de interdicto vtili & non de directo interdictō intelligi oportere, quia in dubio verba generalia pro natura subiecti ad certam speciem restringātur, & talia debeant esse prædicata, qualia permittuntur esse à suis subiectis.

ectis. Vltimi argumenti solutio ex prædictis patet: Nam demonstratū fuit luculentissime q̃ fructuarius suum vsumfructum non possideat vere, sed improprie. Insuper vtile interdictum vti possidetis datur emphyteutæ & vasallo non solum aduersus extraneum, in quasi possessione iuris sibi constituti molestantē sed etiam contra ipsum dominum: Nam & hi non vere, sed quasi & improprie possident ius sibi constitutum. Et de vasallo est textus *in tit. 7. lib. 2. Feud.* vbi dicitur quod dominus vasallū suum debeat in vacuam feudi possessionem mittere, quod si non faciat, ipsum in omnē vtilitatem à vasallo coueniri posse. Cui consequens est non posse dominum in quasi possessione feudi vasallum suum molestare, sed si id fecerit conueniri ipsum posse hoc interdicto vti possidetis.

Nec huic contrarium est q̃ interdictum vnde vi denegatur vasallo contra dominū *l. 1. §. interdictum. 43. ff. de vi & vi armata.* & est cōstans Feudistarū opinio.

Nam diuersa est ratio interdictorum vti possidetis & vnde vi. Idcirco enim hoc contra dominum feudi institui non potest, quia famosum est & eius honorē, famam & existimationem suggillat, contra quem instituitur *d. §. 43.* Ne igitur vasallus hoc interdicto honorem & existimationē domini quæ ipsi semper inuiolabilis esse debet, lædat; idcirco ipsi interdictum istud vnde vi denegari placet: At non eadem ratio est interdicti vti possidetis cum eius existimationē, contra quem instituitur non lædat, nec famam vlla ratione suggillet, neq; dolum ipsius arguat. Etsi autem Iac. Men. vasallo & emphyteutæ directum tribuat interdictum si in feudi vel emphyteusis possessione fuerint molestati, ex hac ratione q̃ naturaliter ac vere possideant; illudq; suo quoq; calculo comprobet Fredorus *in d. tr. de interd. tit. 7. n. 17. & seq.* Non tamen illis subscribere possum, ex rationibus ac fundamentis in prax. præcedentis quæstionis resolutione adductis. Sane si etiam in possessione ipsius fundi & non solum in possessione iuris sui molestentur ac turbentur, nullū mihi dubium est, quin respectu ipsius fundi, siue prædii directum habeant interdictum. Quod de vasallo dictum, idem quoque ad vasallum vasalli, seu subuasallum transferendum esse, docet Menoch. *Remed. 3. retinend. poss. n. 83.* propterea quod & hic naturaliter possideat, quod ego de rei feudalis, non de ipsius feudi siue iuris in re constituti possessione accipio.

De Colono, inquilino, creditore & cæteris custodiæ causa in possessionem missis verissimum est quod hic ab Authore nostro asseritur, aduersus eos non competere interdictum vti possideris; Et ratio est q̃ nō possident, sed sunt duntaxat in possessione, siue tenent, nudis autem detentoribus hoc interdictum, quo de retinenda possessione agitur, nō dari supra ad proximam *thes. Lit. A.* ostensum fuit.

QUÆ. 45. *An heredi detur hoc interdictum quando defunctus fuit in possessione turbatus?*

De herede & successore vniuersali, an ne habeat interdictum vti possidetis propter turbationem defuncto factam quæritur? Et quia hoc interdictum non datur nisi vero possessori; idcirco cardo huius quæstionis in eo vertitur, anne ante aditam hereditatem heres possideat an vero non? Hæc vero quæstio decisa videtur *in l. 23. ff. de acquir. poss.* vbi dicitur: *Cum heredes instituti sumus, adita hereditate omnia quidem iura ad nos transeunt, possessio tamen, nisi naturaliter apprehensa, ad nos non pertinet.* Et quanquam nonnulli hunc textum ad heredem extraneum restringere conentur; quasi in suis diuersum obtineat; contrariam tamen opinionem veritati magis consentaneam esse alibi est demonstratum.

Regulariter proinde heredes defuncti, in possessione turbati, antequam naturaliter rerum hereditariarum posses-

sionem apprehenderint non habebunt interdictum vti possidetis.

Excipiuntur tamen ab hac regula quidam casus *primus* est, si statuto alicuius loci (vt in Gallia & multis partibus Italiæ) cautum est vt possessio in defuncti heredes ipso iure continuetur.

Secundus, si turbatio, iacente hereditate, facta est: Nam tunc quia hereditas loco dominæ & possessoris habetur *l. denique.§.quæsitum.ff. quod vi aut clam.* hoc etiam interdictum heredibus dabitur: non quidem possessorio, sed hereditario nomine.

Tertius, si lite iam mota defunctus decesserit; heres continuare interdictum poterit. Iac. Menoch. *d. remed.3.n.62.*

An sequestro detur hoc interdictum vti possidetis, controuertitur; quæ controuersia etiam dependet ex eo, vtrumne possideat sequester? propterea quod hoc interdictum ex vera possessione dependet ac nascitur; cum sit de retinenda possessione. Verum quia supra *disput.21. thes.4.Lit.F.* huius poster. volum. quæstio ista satis agitata & discussa fuit, idcirco me breuitatis causa eo refero.

Quæst. 46. *An interdictum vti possid. detur domino castri, turbato in quasi possessione iurisdictionis à subditis & seruis sibi præstandarum?*

Quæritur etiam an ne hoc interdictum concedatur domino castri, qui in quasi possessione iurisdictionis illius castri & seruitiis, à vasallis & subditis præstandis turbatur? Et Men. hanc quæstionē decidit duos casus distinguendo: Si enim agitur de seruis glebæ adscriptis, tunc ait domino turbato concedi directum interdictum vti possideris; ob hanc rationem quod de adscriptitiis hisce seruis idem sit iudicandum quod de re immobili *l. quemadmodum. C. de agric. & censit. l. longe. ff. de diuers. & temp. præscript.* Cum enim à solo non recedat seruus adscriptitius, fundi pars quodammodo iudicatur; Atq; ita immobilia connumeratur.

Sic vero agitur de seruis glebæ non adscriptis, hisque similibus seruitiis & obsequiis ab ipsis præstandis, vtile saltem interdictum reddi dicit Menoch. ex *cap. licet causam. de probat.*

Et quanquam Author noster & eo casu, quo de seruis adscriptitiis agitur vtile saltem interdictum reddi velit propterea quod hi non sint serui, sed liberi homines, prout supra *volum. prior. disput. 2. thes. 2.* statuerat. Verum nititur hæc authoris sententia falso principio, cum adscriptitii reuera sint serui, non homines liberi vt in citato loco à nobis ostensum fuit.

Datur præterea hoc vtile interdictum vti possidetis subditis vasallis aduersus dominum à quo in statu suæ quietæ & pacificæ libertatis turbantur atque molestia afficiuntur, idque ex hac ratione quod sicut domini quasi possessionem seruitutis; ita hi quasi possessionem suæ libertatis obtineant.

De possessore seruitutum continuarum, quin ei detur interdictum vtile si in quasi possessione istarum seruitutum turbatus fuerit, dubitare non licet; & supra quoque idipsum sub initium huius theseos satis est demonstratum. De discontinuis vero ambigit Menochius & quod harum nomine non detur interdictum vti possidetis hanc ratione obtinere conatur quod pro seruitute aquæductus, itineris, actus & cæteris etiam seruitutibus peculiaria prodita sint interdicta *in tit. de itinere actuque priuato & aqua quotid. & æst. &c.* Lex autem non soleat nisi in casu necessario remedia adhibere *l.1.§.ex hoc rescripto. ff. de ventr. inspiciend.* Neque quicquam frustra vel inducere *l. hac stipulatio.§. Diuus. ff. vt legat. nom. caueat. l. postliminii in fine. ff. de captiu. & postlimin. reuersis.* Cæterum ad hoc argumentum supra responsum fuit non esse absurdum vt pro vna eademque re diuersa remedia competant, vt infinitis exemplis demonstrari posset nisi res per se adeo esset plane, vt nulla indigeret demonstratione.

An

Quæst. 47 *An cedi possit hoc interdictum?*

An hoc interdictum cedi possit alii cum effectu, ita vt cessionarius eo vti possit, si turbatus fuerit?

Menochius & Tiraqnellus in locis ab Authore allegatis distinguunt certos casus circa hanc quæstionem.

Si enim primo agatur de quasi possessione rei incorporalis cuius causa hoc interdictum dari supra est ostensum; Tunc si hic quasi possessor cedit, cessionarius absque vlla corporali apprehensione illius quasi possessionis ius consecutus dicitur; & ideo potest experiri interdicto, si cessione facta, perturbatur ab aliquo. Cessio quippe est modus quasi traditionis, inuentus in incorporalibus, cum cedere sit quasi discedere & alterum suo loco ponere.

Secundo quando agitur de possessione rei corporalis & cessio fit cum subsequente traditione vel quid aliud, quod loco traditionis & apprehensionis possessionis: Tunc enim cessionarius hoc interdicto experiri potest hoc interdicto, si turbari contingat, quoniam interdicta hodie sunt actiones: Actiones autem cedi possunt, si traditio sit facta, vel quid aliud quod loco sit traditionis.

Tertio cum agitur de possessione rei corporalis & cessio simpliciter facta est sine alia traditione & apprehensione & cessionarius facta turbatione agit contra turbantem cedentis nomine tūc recte & cum effectu experitur.

Quarto quando cessio, vt dictum, simpliciter est facta & cessionarius suo proprio nomine vult experiri, tunc etiam cessionario huic interdictum vti posse detis dari nonnulli statuerunt, quos etiā Treutlerus noster sequi videtur: Verum Natta *consil. 318. & 399.* & Syluanus *consil. 55.* in diuersam abierunt sententiam hac præcipue ratione quod is cessionarius ex sola cessione non sit effectus possessor cum soli cessione non transferatur possessio.

Et hanc sententiam extendit Menochius, vt locum habeat etiam eo casu quo cedens cessit omne ius suum & facultatem intrandi & apprehendendi possessionem: quia etsi appellatione iuris veniat possessio, teste Innocent. *in c. Episcopi. de reb. Eccles. non alienand.* ex sola tamen cessione possessio non transeat *argum. l. 23. ff. de acq. possess.*

Excipitur primo cessio à principe facta; quia princeps ex solo contractu suo ac solo verbo possessionem transfert. Bald. *in cap. Cæterum. n. 8. versic. alia inuestitura* Natta *d. consil. 398. n. 21. & 22.* Menochius *d. remed. 3. retinend. possess. n. 276.*

Excipitur secundo cessio in præsentia rei cessæ facta; quia tūc per aspectum transfertur possessio *l. 1. §. si iusserim. & quod meo. §. si per venditorem. ff. de acquir. possess.*

Excipitur tertio quando extat statutum, quo cauetur, cessionarius in omnibus & per omnia succedat in locum cedentis. Menochius *d. loco.*

Lit. C. Obstat huic interdicto exceptio præscriptionis annalis: Nec enim actio huius interdicti vltra annum vitam suam extendit, quatenus id, quod interest actoris, continet; quia hactenus quoad delinquentem, siue turbantem pœnalis est; pœnales autem prætoriæ actiones temporales & annales sunt *tot. tit. Inst. de perpet. & temporalib. action.* Quatenus vero hoc interdictum ad tuendam possessionem pertinet, eatenus perpetuam esse & non nisi longissimi temporis præscriptione extingui certum est.

Quæst. 48 *An exceptio dominii obiici possit interdicto vti possidet.*

Sed vtrum exceptio dominii huic interdicto obstet, quæritur? Multi sunt, quos Menochius *d. remed. 3. n. 675.* recenset qui hoc affirment, ipse tamen sequentibus rationibus eos refellit probans dominii exceptionem interdicto huic non obstare, quamuis probationes eius in continenti offerat.

1. Si obiici posset exceptio, iam

 esset

esset in facultate domini turbare possessorem siquidem paratis probationibus posset ille sua manu sibi ius dicere & vim illam atque audaciam oblatis probationibus tueri; quod tamen iure non conceditur *l. si quis in tantam Cod. vnde vi l. 1. in fine l. si duo in pr. ff. vti possidet. c. Eum, qui. de praebend in sexto.*

2. Deinde daretur causa delinquẽdi, contra *l. conueniri. Digest. de pact. dotal.* siquidem si ob has probationes sua auctoritate dominus possessorem perturbaret, posset ille possessor etiam armis suam possessionem defendere *l. 1. Cod. vnde vi. quod tamen non est iure permissum l. aquissimum. Digest. de vsufruct. c. literas. de restit. spoliator.*

3. Accedit his insuper textus *in leg. 1. in fine. Digest. vti possidet.* qua significatur quod solum molestari possit, qui vi, vel clam, vel precario [illegible] sidet à molestante; Qui igitur ab [illegible] possidet vi; aut clam, aut precario; aut qui etiam ab ipso domino iuste possidet, turbari non potest.

4. Quia non est singulis concedẽdum quod à iudice obtineri potest *l. Non est singulis. ff. de Reg. Iur.* Cum ergo dominus via iuris ordinaria possit ius suum consequi, non est ei concedendum vt molestia afficiat possessorem & deinde ad hasce probationes confugiat.

5. Denique quando possessor hoc experitur interdicto, non tam agere dicitur quam se tueri & defendere *l. 1. §. interdictum. ff. vti possid.* Ob id non debet dominus eum in sua possessione turbare, cum turbando vim facere dicatur *l. vim facit. ff. de vi & vi armat.*

Quaest. 49 *An exceptio lata sententia obiicia tur interdicto vti possidet?*

Sed idemne est cum exceptio dominii, quae per sententiam, latam in petitorio iudicio, probari potest, obiicitur interdicto vti possideris?

Affirmatiua sequentibus argumentis confirmatur.

1. In *l. Naturaliter 12. §. 1. ff. de acquirend. possess.* admittitur cumulatio petitorii & possessorii retinendae possessionis: At haec cumulatio non admitteretur, si sententia lata in petitorio obstaret agẽti in possessorio *l. fundi & l. fundum. ff. de except. rei iudicat.*

2. In *l. 1. in fine. ff. vti possidet. iuncta gloss. l. si de eo §. vltim. ff. de acquir. possess.* asseritur, etiam dominum posse etem suam clam ab alio possidere.

Ergo multo magis dabitur exceptio dominii, quae fortior est.

3. Si denique non liceret hanc exceptionem obiicere, illi, qui obtinuit, concessum quodammodo videretur, eã sua authoritate exequi, contra *l. meminerit. C. vnde vi.*

Sed hanc tamen sententiam post Dynum, Alexandrum & alios, quos late recenset Menochius *d. remed. 3. num. 685.* ipse refellit, hac ratione, quod si sententia lata in petitorio obstat agenti interdicto recuperan[illegible] possessionis fauorabiliori, prout receptissima est Dd. sententia, multo magis haec eadem exceptio obiici potest in nostro casu remedio retinendae possessionis.

Et licet Iason respondeat, consequentiam negando, propterea quod certum sit facilius impediri restitutionem quam retentionem *l. patre furioso. Digest. de his qui sunt sui vel alieni iuris. cap. quemadmodum de iureiur.* vbi dicitur, turpius eiicitur, quam non admittitur hospes.

Tamen Menochius, non animaduertisse Iasonem ait, spoliatorem grauius delinquere ipso turbatore, cum grauius puniatur *l. si quis in tantam. Cod. vnde vi.* Cum à grauitate poenę arguatur grauitas delicti *l. respiciendum in pr. Digest. de poenis.*

At spoliator excludit agentem recuperãdae possessionis exceptionem. Ergo etiam excluditur turbator, qui tantum non deliquit.

2. Praeterea, lite per sententiam finita,

sita, retinere, esset sine causa retinere.

Non obstat huic sententiæ primum argumentum, ex *d.l.Naturaliter.§.1.* desumptum,

Ad hoc enim post Ripam respondet Menochius in casu istius §.non admitti cumulationem huius possessorii cũ petitorio: Quandoquidem tam variæ sint eius legis interpretationes, vt solidum inde non possit desumi argumentum.

Ad secundum argumentum respondetur, exceptionẽ clandestinitatis esse potentiorem ad elidendam possessionem quam exceptionem sententiæ; cum istam exceptionem prætor solum tueatur.

Ad postremum hæc est responsio, ex hac turbatione non sequi aliquã sententię executionẽ; quandoquidem si actum est petitorio, & absolutus est Reus, sequitur eum iam fuisse in possessione, alioquin non daretur petitorium *l.1.in fine C.de alienat.iud.mut.caus.fact.* Si ergo sua possessione vtitur, non dicitur de nouo exequi, aut aliquid noui agere *c.1. vt lite pendente.*

Lit. E. Sententia illa qua turbantiae molestanti hoc interdicto perpetuum silentium imponitur, anne à iudice, etiam nõ requisito, possit imponi, quæstio est non minus controuersa.

Et pro Affirmatiua sententia hoc adducitur argumentum: Quotiens iudex aliquid mãdat, definitiue mandare videtur, quod illud perpetuo obseruari debeat *l.inter Statilianum ff.de recept.qui arbitr.* Quando ergo iudex aperte silentium perpetuum imponit, declarat quod taceire inerat; Quod recte procedit eo in casu, in quo factum est negatiuum; hoc est ne turbetur. Igitur perpetuo id esse debet.

Quod porro sententia hæc sit definitiua, hac ratione probatur quod hęc sententia ita definitur tota contentio possessoria, vt lata sententia super petitorio, definiatur causa proprietatis.

Diuersum tamen dicendum est quando causa hæc possessoria incidenter tractatur, tunc enim sententia lata super ea, non definitiua, sed interlocutoria dicẽda foret. Menochius *d. remed.3.n.839.*

Huic interdicto vti possidetis affine est constitutio litigiosæ possessionis quæ extat *in tit.21.part.2.Ordinat. Cameral.* & ita sese habet: Vnd nach dem sichs offtmals im Heiligen Reich begibt/daß der streittigen Posseß oder Gewehr halben/ Spän vñ zu zeitẽ Auffruhr oder widerwertigkeiten entstehen/haben wir/demselben zu begegnen/ geordnet vnd gesetzt/ vnd thun das hiemit/ob hinfüro zwen oder mehr/so dem Heiligen Reich ohne mittel vnderworffen weren/irrig vnnd streittig würden / vnd innhaben oder Possession eines Guts oder gerechtigkeit / also daß sich jeglicher vor einen Besitzer des bestreittigen Guts oder Gerechtigkeit hielt/vnd deß redliche Anzeyg hette/die sollen beyde theil zu endlichem Außtrag / für das Käys. Cammergericht kommen/vnd solcher irrung/ oder streittigen Gewehr/oder Posseß/sich daselbst endlich mit Recht entscheiden lassen/vnd deßhalben kein theil mit oder gegen dem andern / zu thätlicher handlung/ Auffrühren/ Vehden / oder angriffen kommen / in einige weiß. Doch sol solchs keinen an seiner Posseß/wie obstehet/oder Gewehr/die zeit dieweil die Partheyen dieses streits vnentscheiden hangen / nichts geben oder nemmen. Wo auch zwischen Partheyen/die mit mittel dem Reich vnderworffen/ der Posseß / wie obstehet/ streit entstünde / vnnd die Güter oder Gerechtigkeit der Possession halben/wie vorgemelt/darumb streit were/nit vnder einẽ Herren od' Oberkeit gelegẽ werẽ/also daß

daß jeder theil vermeinen wolt/dieselben Güter oder Gerechtigkeit legen in seiner oder seines Herrn / oder anderer Oberkeit /darumb sollen die Parthenen auch für das Käs. Cammergericht kommen/ vnd wie obangezeigt / gehandelt werden. Vnd so die sach der streittigen Posseß oder Gewehr/an dem Cammergericht geendet ist/vnd dañ die Parthenen solcher Güter oder Gerechtigkeit halben / sonst weiter Sprüch vnd forderung zu haben vermeinten/das sol vor dem ordentlichẽ Richter/solchs Guts oder Gerechtigkeit halben fürgenommen vnd gesucht werden. Wo aber etliche Ständ weren/die sonst derhalben Rechtliche Außträge zwischen jhnen hetten / die sollen gehalten werden /vnd denselben hiedurch kein abbruch gethan seyn.

Ob auch in obberührtem fall/zwischẽ den Parthenen/die ohn mittel dẽ Reich vnderworffen / die Gewehre/Possession/ oder quasi / aus Redlicher Anzeigung/ zweiffeliche oder sorgliche empörung/ weiterung oder Auffruhr daraus zubesorgen / sollen Cammerrichter vnnd Beysitzer gewalt vnd macht haben/auff Anruffen d Parthenen/od für sich selbst ex officio die Possession zu sequestriren/ oder aber der quasi Possession halben/an stadt der Sequestration beyden theilen zu gebieten / sich derselben zu enthalten/ vnd alsbald darauff summarie/ohne einigen Gerichtlichen Proceß/oder anderer weitläufftige Außführung der Sachen zu erkennen /welchem theil die Possession oder quasi einzugeben/oder zu inhibiren sey/sich derselben biß zu endlichẽ Austrag des Rechtens / in possessorio oder petitorio zu enthalten. Vnd so das beschehen / sol alsdan solchs keinẽ Theil an seinem innhaben oder Besitz in Recht nachtheilig seyn.

Super hac vero constitutione decerni in Camera Imperiali solere mandata de non offendendo decerni ad eius petitionem qui offensionem timet , & quidem sub pœna fractæ pacis, quæ est banni, ait Gailius *d. obseruat. 4. lib. 1. obseruat.* Cum autem pœna hæc grauis sit, nõ temere est decernendæ nec cõtra quoslibet , sed tunc demum quando iustus subest offensionis metus , si scilicet e pistola vel quo alio documento ostendatur vna cum supplici libello , de armis, vel de vi inferenda iam ei comminatum & persona sit talis, quæ consueuit minas suas executioni mandare.

Decernuntur autem sine clausula iustificatoria, quoniam præceptum fit super eo, quod enim iure tam diuino, quã humano prohibitum est, videlicet ne alter alterum vi armata dolo malo , ex proposito & insidiis lędat, ne pacem publicam turbet *l. 1. §. illud enim ff vti possid. l. extat. ff. quod met. caus.* Gail. *d. obseruat. 4.*

Est interdictum prætoris edicto de superficiebus proditum , Est autem superficies ICtis extrema terræ vel soli cuiuscunque alieni pars, siue facies, diuersam ab ipso corpore sui rationem habens. ***Lit. G.***

Sicut autem interdictum vti possidetis possessorem soli tuetur: ita hoc interdictum eum, qui superficiem tenet hoc interdicto aduersus omnem vim & molestationem tuetur.

An vero is, qui hoc experitur interdicto, iustam tenetur possessionis suæ causam probare? controuertitur. **Quæ. 50.** ***An qui experitur interdicto de superficie debeat iustam possessionis causam edere?***

Equidem Iacobus Menochius *remed. 4. retinend. possess. n. 42. & sequentib.* distinguit, vt si superficiarius contra ipsum dominum soli experiatur, tunc causam iustę suæ possessionis probare debeat *l. 1. pr. ff. de superficieb.* Idque ob hanc rationẽ, quia superficies præsumitur esse eiusdẽ domini soli, ex *l. obligationum fere. §. placet ff. de obligat. & action.* Hæc igitur præsumptio , quæ pro domino est, reiicit onus probãdi in aduersarium. *l. generaliter. §. si petitum. in fine. D. g. st. de fideicommiss. lib. liberi.*

bert. Vt proinde is superficiarius causam illam probare.

Sin vero agat superficiarius contra tertium, siue extraneum, tunc necessum non habeat hanc causam possessionis suæ probare *d. l. 1. §. proponitur.*

Sed ab hac sententia discedit Æguin. Baro *lib. 6. manual. 18.* qui indistinctè statuit superficiarium non opus habere probare causam iustæ possessionis cum incertum sit an locatio valeat, nec ne; & ideo sufficere si superficiarius possessionem probet.

Et hanc sententiam nouissime etiam approbat Petr. Freder. *d. interdict. tit. 8. n. 6. & seqq.*

Nititur 1. hæc assertio textu *d. l. ff. de superfic.* vbi in genere & absque omni distinctione dicitur, ab eo, qui experitur isto interdicto, non exigi quam causam possidendi habeat: Iam vero si distinguendum fuisset inter eum qui agit cōtra dominum & illum, qui contra extraneum experitur, procul dubio non ita generaliter ICtus scripsisset, sed aliquo saltem verbulo distinctionem istam indicasset. Vbi igitur lex non distinguit, ibi nec nostrum erit distinguere.

2. Accedit insuper quod huius interdicti ea si natura vt præfatam differētiam nullatenus admittat. Cum enim interdicturus hic superficiem tantum, & sic alterius dominium præseferat, nil prorsus dominii præsumptio ad rem cōferet: Cum indistinctè sufficiat non vi, clam aut precario superficiem possideri: Ex quo & dominus exceptiones, si quas habet obiicere potest.

Lit. H. Quæ. 51. An interdictum de itinere etiam vrbanis seruitutibus competat?

Est deinceps quoque interdictum de itinere actuque priuato cæterisque seruitutibus rusticis tuendis ac retinendis proditum. *tot. tit. ff. de itinere actuque priuato.* Hoc vero anne de seruitutibus etiam vrbanis competat, quæritur? Et verius est, de solis rusticis seruitutibus & nō etiam de vrbanis illud competere.

Etenim ipsius edicti verba de seruitutibus rusticis in specie ac nomina tm sunt concepta *in l. 1. ff. de itinere actuque priuat.*

Deinde ipse etiam Vlpianus, istius edicti interpres illud ad seruitutes rusticas restringit: *Hoc interdictum*, inquiens, *prohibitorium est pertinens ad tuendas rusticas tantummodo seruitutes. d. l. 1. §.*

Et quanquam nonnulli hæc verba de interdicto directo interpretentur, generalitas tamen verborum huiusmodi restrictiuam interptetationem non admittit præsertim cum nec ratio restrictionis vlla à dissentientibus adferatur.

Cuius autem interdicti hæc sunt requisita.

1. Primo requiritur vt seruitute intra annum quasi possessor vsus sit *l. 1. §. hoc interdicto. Digest. de itinere actuque.*

2. Secundo vt per dies 30. illius anni iuerit, seruituteque vsus fuerit *d. §. hoc interdicto.*

3. Tertio vt vsus fuerit hac via vel itinere atque ita iuerit iure seruitutis, credēs iure suo se vti *l. 1. §. Iulianus. l. vlt. ff. d. tit.* quibus in locis Vlpianus ait ex Iuliani sententia, eum, qui propter incommoditatem riui, aut propterea, quia via publica interrupta erat, per proximi vicini agrum iter fecerit, quamuis id frequenter fecerit, non videri omnino vsum.

At quomodo probauit quasi possessor seruitutum se credidisse quod iure suo fuerit vsus? Variæ siquidem de hoc ipso sunt Doctorum opiniones.

Prima fuit probari hoc sacramentō ipsius asserentis. Cum enim hoc tale sit, quod in animo & scientia ipsius versetur, idcirco alia ratione, quam sacramento probari non potest.

Sed hanc sententiam alii improbant & ad rationem modo allegatam respondent, tunc asserentis de his, quæ in suo animo versantur non oportere fidem

SSSss haberi

haberi iureiurando, quando aliqua ei aduersatur præsumptio; vt in proposito magna præsumptio aduersari videtur, quod sæpe res vnaquæque libera præsumitur. *leg. Altius. C. de seruitut. & aqua.*

Secunda opinio fuit probari id debere testibus, qui testimonium ferant, se vidisse seruitutem constitui ab eo, qui dominus credebatur, vel legatum fuisse seruitutē Titio & hūc Titiū appellasse.

Cui opinioni obstat quod hac ratione necessum foret titulū probare quod iuris rationi non parum aduersaretur.

Tertia opinio est illorum, qui dixerunt, duo probāda esse. Primo quod, qui vsus est seruitute, aliquo iure, vel aliqua ratione notus fuerit ad credendum sibi seruitutem competere *l. 1. §. sed etsi iure. ff. de aqua quotid. & æstiu.* vtpote quod à fide dignis acceperit, seruitutē sibi deberi; vel quod fama fuerit in vicinia, vel quod ibi fuerint aliqua signa viæ vel itineris vel quid simile, quibus probabiliter adduci potuit ad ita credēdum. Deinde quod probare debeat se virtute istius credulitatis actus fecisse, qui demonstrent, se suo iure vti voluisse, vt sepem, arbores quæ itineri impedimento erant, præcidere; quos actus non faceret, nisi suo iure facere posse crederet.

Quarto & vltimo requirunt quod bona fide, hoc est non vi, non clam, nec precario hac seruitute vsus fuerit. *l. 1. §. 10. ff. de itinere actuque priuato.* vbi ita scribitur. *Etsi iure aqua non debetur alicui, si tamen iure ducere se putauit, cum non in iure sed in facto errauit, dicendum est, eoque iure vtimur vt interdicto vti possit.* Idemque confirmat *l. apparet. 5. §. penult. ff. eod tit. Si quis seruitutem*, inquit Vlpianus, *iure impositā non habeat, habeat autem velut longæ possessionis prærogatiuam, ex eo quod diu vsus est seruitute, interdicto hoc vti potest.*

Quæ. 52. *An interdicto de itinere actuq; priuato actuus teneatur scientiā & patientiā domini probare?*

Præter superiora requisita nonnulli & hoc requirunt, vt is qui vsus est seruitute sciente & patiente domino ea vsus fuerit. Vtuntur autē isti hac ratione quod quasi possessio incorporalium reuera nihil sit aliud, quam aduersarii patientia *l. quoties. ff. de seruit. l. 1. §. vlt. ff. de seruitut. rustic. prad. l. si à te D. si seruit. vindicet.*

Alii vero circa hanc quæstionem distinguunt vt in acquisitione seruitutum continuarum consequenter in interdicto hoc de itinere & actu priuato necessaria sit domini scientia: In discontinuæ autem seruitutis acquisitione, sicut etiā in interdicto super ea seruitute competente non sit necessaria sciētia domini.

Plerique interpretes priori sententiæ adhærent & scientiam ac patientiam ad seruitutum acquisitionem desiderāt, ad eamque obtinendam ac stabiliendam præter supra adductum argumentum hisce etiam rationibus mouentur.

1. Quod *in l. 2. C. de seruitut. & aqua.* ad præscriptionem seruitutis aquæductus diserte scientia & patientia domini desideretur: Sic enim illic Antonius Imperator; *Si aquam per possessionem Martialis eo sciente duxisti seruitutem exemplo rerum immobilium tempore quæsisti.*

2. In quibuscunque legibus de seruitutibus præscribendis agitur, in illis omnibus requiritur, vt quis seruitute diu sit vsus, non vi, nec clam, nec precario, adeoque sciēte & patiente domino, *l. 1. in fin. ff. de aqu. pluu. arcēd. l. 10. ff. si seruit. vindic.*

At ego contra scientiam domini necessariam non esse; titulum vero necessario requiri contendo.

1. Quia hoc expresse significat *d. l. fin.* in qua ita Iustinianus: *Sit igitur secundum hanc definitionem causa perfectissime cōposita, & nemo posthac dubitet, neque inter præsentes, neque inter absentes quid statuendum sit: vt bono initio possessionem tenentis vtriusque partis domicilio requisito sit expedita quæstio pro rebus vbicunque positis: nulla scientia vel ignorantia expectanda, ne altera dubitationis inextricabilis oriatur occasio: Eodem obser-*

obstruando etsi res non soli sint, sed incorporales, quo in iure consistunt, veluti vsusfructus & catera seruitutes. Est quanquã dissentientes respondeant scientiam domini non requiri, vbi interuenerit titulus: exigi vero; vbi titulus deficiat, idq; velle *d.l. fin.* veruntamen hanc non esse *d.l. fin.* mentem, iam supra demonstraui. 1. Quia absolure bonum initium requirit Iustinianus. 2. Quia absolute dicit sententiam, vel ignorantiam domini non esse expectandam. 3. Quia de præscriptione rerũ immobilium loquitur, & cum hac præscriptionem seruitutum confert: At in præscriptione rerũ immobiliũ titulum semper desiderari: scientiam & patientiã domini non esse necessariã expediti iuris est. 2. Accedit huic, quod, si ad præscriptioné seruitutũ necessaria esset domini scientia, rarissima foret seruitutũ præscriptio neq; finis vsucapionis, dominiorũ certitudo, litiumq; amputatio in hac seruitutum præscriptione attenderetur. Quotusquisque n ita facilis suo prædio seruitutis onus sciens obtrudi patiatur. 3. Quin etiam si dominus sciat & patiatur aliam seruitutem in suo exercere, seruitutem hoc ipso vicino constituisse intelligetur: Patientia siquidem & scientia domini est in seruitutibus loco traditionis, *l.11.§.1.ff. de publ. in rem act. l. fin. de seruit. præd. rustic. l.1.ff. quib. mod. vsusfr. amit.* At traditione domini si iusta causa præcedat (qualem hic donationis titulum interuenire præsumitur) transfertur rerum dominium *§. per traditionem. Inst. de rer. diuis. §. si quis l. de seruit. præd.* Et consequenter scientia & patientia domini interueniente, seruitus amplius præscribi non poterit.

Ad *primum* respondet Oswald. Hilliger *d.l.2. C. de seruit. & aqua.* loqui de sciẽtia non domini, sed vicini prædii possessoris: Idq; verba *per possessionem* euincere existimat, quæ proprietatem eius fundi ad Martialem, quo sciente aquã duxisse consulens, pponitur, non pertinuisse; significant. Verum possessionem illic ipsum significare prædium, ex textu satis perspicuum est.

Deinde si omnino *d.l.2.* de domini scientia sit accipienda, putat eã de hoc casu exaudiendã, quo titulus ab alio possessore habetur, & nondũ expleta vsucapione dominus possessionem rei suę acquisiuit vel recipit. &c. Sed & hæc interpretatio diuinatoria est. Quocirca ego respondẽdum existimarẽ, id ꝙ *in d.l.2.* pponitur, sciente domino aquã esse ductam, id ex facti specie & consulatione proposita sumi: Nec scientiæ meminisse Impp. quia necessariũ sit, aquã sciente domino duci; sed quia in facti specie sic fuerat imperatori propositũ, Id ꝙ ex eo relucet, quod in ead. *l.2.* subiicit Anton. exemplo rerũ immobiliũ seruitutẽ quæsitã esse: In rerũ autem immobiliũ præscriptione scientiam domini non esse necessariã cõstat.

Ad *secundum* resp. non sequi ad seruitutes pręscribendas requiritur, vt quis nec vi, nec clã, nec precario possideat. Ergo requiritur domini scientia, quoniã etiã ignorante domino aliquis sic possidere potest, vt nec vi nec clã, nec precario possideat. Si enim ponamus dominũ forte 100. abesse miliarib. p annos 30. aliũ interea aquæ ductũ p fundũ illius habere à nemine precib. obtentũ palã, nullo resistente: Nemo dicet hunc vsum clandestinũ, violentum, precariumue esse ob ignorantiã domini absentis. Erit a bene O. w. Hil ig. *in c.12. lib.11. lit. C. don. en.* De eo etiã quæsitum scio, omne is, qui hoc interdicto de itinere actuque priuato acturus est, cum titulum probare teneatur, possit loco tituli longam præscriptionem allegare?

Et, sufficere allegari præscriptionẽ ita vt de titulo opus non sit doceri probat Menochius ex *l. apparet §. si quis seruitutem. ff. de itinere actuque priuato* vbi dicitur: *si quis seruitutem iure impositam*

non habet, habeat autem velut longæ possessionis prærogatiuam ex eo, quod diu vsus est seruitute, interdicto hoc vti potest. vult igitur Vlpianus tantum longi temporis præscriptionem prodesse, quantum titulus ipse prodesset.

Quæ. 33. *An opus sit titulum probari?* Equidem annead probandam seruitutis præscriptionem opus sit probari titulum, satis controuersum est?

Et quod opus sit titulum probari statuunt non contemnendæ authoritatis ICti, & ex illis inprimis Iohannes Corasius *in l. seruitut. ff. seruitut. num. 31.* Duarenus *lib. 1. disput. 34.* Hotom. *8. obseruat.* 10. Emanuel Soarez de Ribeira *in not. ad Gomesium variar. resolut. 3. cap. 15. lit.* O. Iac. Reuard. *ad l. Scribon. c. 7.* Atque hæc sententia mihi quoque præ altera illa placet.

1. Quia regula iuris est, nullam vsucapionem procedere siue iusto titulo *l. Celsus 27. Digest. de vsucap. l. nulla. 24. Cod. de rei vindicat. l. fin. Cod. de vsucap. pro herede.*

At vero ab hac regula nullibi reperiuntur seruitutes exceptæ: quare & in illarum præscriptione iustum interuenire titulum necesse est: nec sane ratio est vlla, quæ seruitutes excipi suadeat. Quod enim Natta *consil. 162. num. 55.* Mascardus *de probat. conclus. 127.* Et communiter. Interpp. ideo à prædicta regula seruitutes excipi aiunt, quia seruitutes exigui sint præiudicii: Eam tamen plerique è recentioribus reiiciunt & improbant, propterea quod non parui sed magni admodū præiudicii sit seruitus, cum fere nihil grauius sit & intollerabilius, quam fundum affectum habere seruitute.

Et quanquam seruitutes exigui essent præiudicii, non tamen titulus in seruitutis præscriptione non adhibendus esset: siquidem in præscriptione rerum corporalium, quantumuis exigui sint precii, titulum iustum desiderari inter omnes conuenit.

Nec magis exceptionem confirmat ratio ab Antonio Fabro & Schifordeckero adducta, quid enim ad eam respondendum sit, mox ostendemus.

2. In *l. 2. Cod. de seruitut. & aqua.* Imperator scribit, *exemplo rerum immobilium seruitutes longo tempore præscribi*, Idem quoque Iustinianus *in l. fin. Cod. de long. temp. præscript.* sancit, adeoq; seruitutū præscriptionem exæquat cum vsucapione rerum corporalium: Atqui ad præscriptionem rerum immobilium requiritur titulus, vt constat & apud omnes in confesso est.

Respondet Schifordeker Imperatorem in genere duntaxat comparare seruitutes rebus immobilibus, vt quatenus hæ vsucapiantur, eatenus etiam illæ acquirantur tempore. Quod autem ad qualitates cæteras attinet, in illis nullam instituere comparationem: quare seruitutes acquiri tempore exemplo rerum immobilium, sed longe diuersis conditionibus: propterea quod & ipsi Impp. *in d. l. 2.* tum demum seruitutes immobilium rerum exemplo, acquiri dicāt si sciente vicino aqua fuerit ducta. Præterea aiunt *in d. l. 2.* æquiparationem solum fieri temporis, vnde ad æquiparationem tituli non sit procedendum.

Verum neutra responsio fundamentum nostrum labefactat aut euertit: non prior, quia diuinatoria est nec fundamēto nititur, sed generaliter textus refellitur, non obstante ratione in contrarium adducta: nam quid verba *eo sciente duxisti*, sibi velint & quorsum spectent infra suo loco dicetur; multo minus aduersatur responsio posterior, quia satis refutatur *l. fin. C. de long. tēp præscript.* qua luculēter probatur, præscriptionem seruitutum, etiam quoad titulum & scientiam domini, æquiparari præscriptioni rerum immobilium.

3. Præterea cum negari non possit in vsucapione & præscriptione seruitutum.

tum bonam fidem necessario exigi, iuxta textum expressum *in l. vlt. in ff. quemadmod. seruit. amitt.* sequitur, iustum titulum quoque ad præscriptionem seruitutis exigi: quandoquidem nullo modo bona fides interuenire potest, vel absque titulo, vel absque iusto saltem errore, qui etiam in rerum corporalium vsucapione locum vicemque tituli inducit atque obit. *l. quod vulgo. ff. pro empt.*

4. Ad præscriptionem seruitutis requiritur, vt qui eam præscripsisse dicit, probet se nec vi, nec clam, nec precario possedisse: hoc autem probare non potest, nisi doceat iusto se titulo possedisse, veluti ex legato, vel donato, vel ex alio quopiam titulo habili.

5. Quoties iuris præsumptio aduersatur præscribenti, tum necessarius est titulus *cap. 1. de præscript. in sext.* Bal. *de præscript. p. 2. quæst.* 6. 10. *tertia part. princ.* Couar. *1. variar. resolut* 17. *num.* 7. Atqui vindicantibus seruitutem in fundo alieno, iuris præsumptio reluctatur. *l. 8. l. si in adibus. l. 10. l. 11. C. de seruit.*

Equidem Schifordeckerus, reiecta præceptoris sui, Matthæi Cunonis, responsione, ipse sic ad propositum argumentum respondendum existimat: ius commune & præsumptionem iuris aduersari quidem præscribenti seruitutem, sed eatenus, quatenus scientia & patientia domini non interuenerit: in seruitutum vero præscriptione scientiam ac patientiam domini interuenire atque ideo ab ipso domino traditas censeri, ac proinde iuris præsumptionem præscribenti seruitutem non repugnare.

Verum quod scientia & patientia domini necessario in seruitutum præscriptione interuenire debeat, non concedimus, cum satis refellatur ipsa *l. fin. C. de long. temp. præscript.* vbi dicitur nullam scientiam aut ignorantiam domini expectari.

6. Denique confirmat hanc nostram sententiam *l. fin. C. de long. temp. præscript.* vbi ad præscriptionem seruitutum requirit Imperator *bonum initium* At *bonum initium* nihil aliud est, quã titulus iustus, cum titulus nil aliud sit quam initium & causa possidendi.

Respondet post Antonium Fabrum & Iohannem del Castillo Schifordeker, Iustinianum Imperatorem hoc solum velle, quod nihil intersit, scientia an ignorantia interueniat, dummodo bonum initium præcedat, adeoque titulum sic demum requiri, si scientia Domini non interuenerit.

Quæ explicatio textui plane repugnat: Desiderat quippe Imperator præcise iustum initium, non sub conditione *si domini scientia non interuenerit*; deinde sancit absolute scientiam Domini non esse necessariam, non vero vt illi volunt, sub conditione, *si titulus defecerit.* Deinde loquitur simul de præscriptione rerum immobilium & seruitutum, idemque sub finem ait, in præscriptione seruitutum, quod in præscriptione rerum immobilium obseruandum: atqui ad immobilium præscriptionem titulus requiritur, non item scientia Domini. Ergo consimiliter in præscriptione seruitutum, titulus erit necessarius; scientia vero non desiderabitur.

Sequitur de interdicto quod est de aqua quotidiana & æstiua. Huius autem tria esse capita verissimum est, quanquam contrarium sentiat & duo saltem eius interdicti capita statuat noster Treutlerus.

Primum caput est de aqua quotidiana: *Alterum* de æstiua &: *Tertium* de castellaria, seu ea quæ ex castello dicitur.

Sic etiam prætor hæc in ipso edicto aperte distinguit: primo enim ait: vti hoc anno aquam, qua de agitur, non vi, non clam, non precario ab illo dux sti, quominus ita ducas, vim fieri veto. *l. 1. pr. ff. de aqua quotid.*

SSSss 3 Secundo

Secundo ait prætor: vti priore æstate aquam de qua agitur, nec vi, nec clam, nec precario ab illo duxisti, quominus ita ducas, vim fieri veto *d. l. 1. §. 29.*

Tertio ait prætor, quo ex castello illi aquam ducere ab eo, cui eius rei ius fuit permissum est, quo minus ita vti permissum est ducat, vim fieri veto: quandoque de opere faciendo interdictum erit, damni infecti caueri iubebo *d. l. 1. §. 38.*

Aqua quotidiana est quæ assiduæ duci potest, vel æstiuo tempore vel hyberno, etiamsi aliquando non ducatur, nec quotidie ea quis vtatur *d. l. 1. §. sequent. ff. de acquir. quotid. & æstiu.*

Æstiua autem ea est, quæ æstate sola vti expedit.

Differt porro interdictum de aqua quotidiana ab illo, quod est de æstiua ratione temporis deductæ possessionis vel quasi. Illud enim de aqua quotidiana interdictum quasi possessionem vel vsum considerat præsentis anni: *vti hoc anno aquam duxisti*. Hoc autem de aqua æstiua interdictum nõ ad præsentem æstatem, quia hieme aqua non vtimur, sed ad priorem æstatem sese refert; facta comparatione duarum æstatum; propter hoc si æstate interdicatur, nonnunquam annus & sex menses retro numerabuntur. Et proinde si hieme interdicatur, etiam biennium hæc res extendetur *d. l. 1. §. 31. & seqq.*

Tertium interdictum de aqua castellaria, etsi ipsum quoque circa aquam quotidianam & æstiuam versatur, à prioribus tamen duobus interdictis differt ratione originis, tam aquæ, quam iuris. Aqua enim quotidiana de æstiua iure seruitutis à capite, non aliunde ducitur. Et caput aquæ illud est, vnde aqua nascitur; veluti fons, si ex fonte vel si ex flumine aut lacu aqua nascetur, prima incilia aut fossa aquarum, quibus aquæ ex flumine, vel ex lacu in primum illum communem pelli solent *d. l. 1. §. 7. & §. 39. cum. seqq.* Aqua proinde tertii huius interdicti non iure seruitutis à capite, fonte, vel flumine ipso, sed iure permissionis ex castello dicitur: Est autem castellum receptaculum ad id factum paratumque vt aquam publicam suscipiat, vt inde aquæductibus eorumque fistulis & canalibus ad vsum & necessitatem deriuari possit *d. l. 1. §. 38 & 39. & seqq l. 19. de seruitutib. vrban*, Petrus Fred. *de interd. tit. 11. num. 16. & seqq.*

De his interdictis illud inprimis controuertitur, anne adeo sola quasi possessio ducendi aquam sufficiat, an vero necessarium etiam sit de iure seruitutis ipso & de titulo probare? *Quæst. 55. An interdictis de aqua quotidiana & æstiua sufficiat sola quasi possessio, an vero etiam de titulo doceri oporteat?*

Equidem Menochius hoc affirmat ex subsequentibus fundamentis.

1. Primum hanc assertionem probari ait ex *l. 1. §. vlt. ff. de aqua quotid. & æstiua.* dum illic affirmat Vlpianus interdictum hoc habere annexam causam proprietatis, quo exinde intelligamus non sufficere solam quasi possessionem ducendi aquam sed etiam fore necessarium ius atque ita titulum, quo ostendatur, duci posse.

2. Idem probari videtur *l. si quis diuturno. Digest. si seruit. vindic.* dum illic idem Vlpianus asserit in præscribenda seruitute ducendi aquam non fore necessarium titulum vbi ergo præscriptio, quæ perfecta est loco tituli, non extat, necessarius erit titulus.

3. *In l. 1 § sed etsi iure & §. Aristo. Digest. de aqua quotid.* scribit Vlpianus, quod is, qui ducit aquam, debet credere, se suo iure, hoc est, seruitutis ducere, præsupponit ergo seruitutem constitutam; Et quod præsupponat adesse ius, seu titulum patet ex eo, quod subiicitur, illi, qui scit se nullum ius habere non concedi hoc interdictum: voluit itaque Vlpianus dicere quod is, qui ius habet ducendi, debet putare se eo iure vti non autem alio, cum fieri possit, vt quis ius habeat &

tamen

tamen ob ius suum non ducat. Sed quod ad hæc interdicta non opus sit doceri de titulo, sed sufficiat quasi possessio iuris aquam ducendi probatam esse post Franciscum Ripa docet Petr. Fred. *d.tract.de interdict. Tit.11. num.22.*

1. Quia omnia interdicta eo præcipue sint comparata ne via facti publica tranquillitas offendatur, sed vt iure agatur aduersus quemcunque & qualemcunque possessorem, siue titulo possidet, siue sine titulo.

2. Quia solus possessionis effectus edit paritq; interdicta, vti constat: Non igitur tituli, sed possessionis habetur ratio, maxime in seruitutibus.

Ad argumenta Menochii hoc modo respondendum.

Ad primum *in d.l.1.§.vltimo.* dum illic dicitur interdictum annexam causam proprietatis habere, non esse intelligendum de interdicto de aqua quotidiana & æstiua, sed de interdicto aquæ castellariæ.

Deinde vocabulum assignationis non modo de proprietate stricte accepta accipiendum est, sed de titulo signationis vel concessionis principalis quem is allegare tenetur, qui interdicti huius tenti, de aqua castellaria auxilium implorat. Aliud enim est ius concessionis, assignationis & permissionis, aliud proprietatis. Et potest princeps assignare aquæductum non tantum iure proprietatis, puta si forsan per publicum ducat, & ita tanquam proprium aliud immobile donet, vendat & tribuat, sed potest etiam assignare iure precarii, vel meræ & nudæ concessionis. Vnde in hoc solo de aqua castellaria interdicto titulus assignationis probandus est quia eo tota controuersia finitur: In reliquis autem duobus interdictis, de quibus nunc disserimus, sufficit simplicem possessionem aquæ quotidianæ & æstiuæ probari; eo quod causa proprietatis nulla in eis adsit. post Contard. Freder. *d.tit.11. num. 23.*

Ad secundum argumentum responderi potest *in d.l. si quis diuturno.* per ius non intelligi titulum, sed modum acquirendi seruitutem. Aliud autem esse cum quæritur de acquisitione seruitutis, aliud vero cum de hoc interdicto: Nam ad illam requiritur titulus iustus, sine quo nullius rei dominium acquiritur: Ad hoc vero sufficit nuda quasi possessio. Et quod ad præscriptionem requiratur titulus, alibi demonstraui.

Ad postremum respondetur *d.l.5.§.9.* satis demonstrare quod titulo non opus sit ad interdictum de aqua quotidiana & æstiua, quia dicit qualiter, h.e. qualitercunque constitutum sit ius aquæ, locum esse interdicto. Et additur *in §.10.* sufficere, etsi iure non duxerit aquam, sed errauerit in eo, modo putauerit se iure ducere posse. Sic etiam quod *in d.§.19.* Aristo dicitur sententiæ posteriori non aduersatur: Nec enim sequitur is, qui scit nullo iure se vti non habet interdictum: Ergo tenetur probare de titulo suo; cum aperte ibidem dicatur sufficere si saltem putet se titulum habere.

RESOLVTIO THESIS *Quinta.*

SEquitur interdictum recuperandæ possessionis, quod vnde vi appellitatur. *Quæst. 55. An interdictum vnde vi de re saltem immobili competat?* Hoc autem interdictum de re duntaxat immobili competere communis est Dd. sententia; Quæ etiam sententia probatur *l.1.§.illud vtique Digest. de vi & vi armat.* vbi Vlpianus, de interdicto vnde vi loquens, ita ait: *Illud vtiq; in dubium non venit, interdictum hoc ad res mobiles non pertinere: Nam ex causa furti vel vi bonorum raptorum actio competit; potest & ad exhibendum agi. Plane si quæ res sunt in fundo vel in ædibus, vnde quis deiectus est, etiam earum nomine interdictum competere, non est ambigendum.*

Equi-

Equidem Iohannes Coras. *in comm. ad l. 12. §. 1. n. 48. ff. de acquir. vel amit. possess.* statuit vtile interdictum *vnde vi.* de rebus etiam mobilibus deque rebus incorporalibus competere; idque duabus ex causis.

1. Quia vsus iuris seu rei incorporalis pro possessione à lege accipitur *l. quotiens via. ff. de seruitut.*

2. Quia licet verba legis, de possessione loquentis, non conueniant, mens tamen adaptetur rebus mobilibus.

Sed hæc sententia admittenda non est, tum quia verba *d. l. 1. §. illud. 6.* sunt generalia, nec sese vllo modo ad res immobiles restringunt. Tum quia ratio, qua illic ICtus dicitur, quod nempe alia sint remedia de re mobili prodita, generalis est & ad vtile interdictum non minus, quam ad interdictum directum excludendum pertinet.

Nec magni ponderis sunt Corasii argumenta: Quod enim rei mobilis vera sit possessio, incorporalis quasi possessio, non dubitatur, sed exinde non licebit inferre quod de re mobili vel incorporali competat vtile interdictum vnde vi.

Sic etiam secunda ratio ad rem nihil facit; Nam tunc demum ex mente & sententia edicti solet vtile interdictum accommodari, quando verba aut ratio edicti, siue leges non repugnant, prout hoc in loco fieri ostensum est.

Illud hoc loco obseruandum est interdictum hoc *vnde vi*, non dari contra vim ablatiuam, compulsiuam, turbatiuam vel inquietatiuam quibus casibus actio vi bonorum raptorum, quod metus causa interdictum vti possideris, interdictum quod vi aut clam competunt, sed tamen aduersus vim expulsiuam, per quam quis possessione sua expellitur & spoliatur.

Cum autem hæc vis expulsiua duplex sit vna simplex, quæ fit sine armis; altera vero armata, quæ fit cum armis, siue quæ coactis vel armatis hominibus infertur; ideo etiam duo pro vtraque vi reprimenta prodita erant interdicta *l. 2. in fine Digest. de interdict.* vnum de vi, alterum de vi armata. Lit. B.

Interdictum vnde vi sitne in odium spoliantis, an vero in fauorem spoliati introductum controuertitur?

Menochius referente Authore, quatuor de hoc opiniones recenset.

Primo enim quidam absolute statuunt quod interdictum istud in odium solius spoliantis introductum sit.

1. Per textum *in c. vlt. de ordine cognit.* vbi decernitur spoliantem non audiri, antequam spolium restituat, ex quo sane relucet iura imprimis odium spoliantis considerasse.

2. Addit Menochius hanc etiam rationem, quod si in fauore spoliati fundaretur, adeoque natura sua fauorabilis esset, ad non expressos casus sese extendisset; quod f. ctum non est, prout testantur *l. vltim. C. vnde vi cap. sæpe de restit. spoliat. l. si colon. Cod. de agricol. & censit.* Quæ leges clare demonstrant, quod extensio istius interdicti non fuerit prius concessa, alioquin opus non fuisset, extensione legali.

3. Præterea idem confirmat textus *in l. 1. §. interdictum hoc quia. de vi & vi armata.* dum ait, interdictum hoc, quo deiectus restituitur, facinoris atrocitatem in sese continere; vnde etiam expresse negat aduersus patronum & aduersus parentes concedi.

4. Idem quoque relucere videtur ex *cap. literis de restitut. spoliator.* dum ibi dicitur, secundum rigorem & prædonem esse restituendum: Rigorem quippe illic pontifex intelligi odiosam istam subtilitatem, quæ benignitati opponitur; sic enim rigor ius subtile dicitur *in l. generaliter. §. si quis seruo. ff. de fideicomm. libert.* & *in cap. 2. de re iudicat.*

5. Insuper

5. Insuper confirmat idipsum quod hoc in interdicto quilibet, etiam sine mandato agens, etiam seruus admittatur *l.1.Cod. si per vim.*

6. Adhæc in defectum aliarum probationum æstimatio rerum ablatarum iuramento spoliatorum probatur, taxatione iudicis tamen præcedente *l.si quando. C. vnde vi.*

Quæ omnia euincunt quod in odium spoliantis, & non in odium spoliatorum interdictum fuerit introductum.

Secunda opinio illorum fuit, qui statuerunt interdictum vnde vi in quo de spoliatorum restitutione agitur, esse fauorabile.

Fundamentum huius opinionis constituunt *in cap. vltim. de ordin. cognit.* quo in loco affirmatur, hoc tributum esse in priuilegium restitutioni, ne audiatur spoliator ante factam restitutionem.

2. Pro eadem sententia adducitur textus *in capit. Nullus. caus. 2. q. 2.* in verb. *quia non habet priuilegium, quo possit exui iam nudatus.*

3. Eodemque pertinet textus *in cap. prius. caus. 2. q. 3.* vbi dicitur spoliatum cum omni suo priuilegio restituendum.

4. Insuper pro hac eadē opinione facit hæc ratio ꝙ ad dignoscendam dispositionem odiosam vel fauorabilem inspiciendum sit illud, ad cuius principale commodum illa sit introducta: Sic enim SC. Vellejanum fauorabile iudicatur, quia fauorem mulierum concernit, etsi in consequentiam aliorum incommodum respiciat: Atqui principale commodum spoliati respicit interdictum hoc vnde vi. Igitur pro fauorabili & non pro odioso haberi debet.

5. Denique fauorabilis est illa pœnalis sanctio, qua pœna alicui indicitur qua ipsius coerceatur audacia, fauore publici commodi, cum intersit publice delicta puniri *l.ita vulneratus in fine. ff. ad L. Aquil.* Atqui edictum de restitutione spoliatorum est eiusmodi pœnalis sanctio: Igitur non est odiosa sed fauorabilis: Aut sane plus fauorabilis, quam odiosa.

Sed & hæc sententia displicet Authori nostro propterea quod paulo supra ostensum est, interdictum vnde vi in odium spoliatoris potius quam spoliati esse introductum & odium pœnamque spoliantis principaliter eam concernere.

Ad primum autem huius secundæ opinionis argumentum respondeo, etsi hoc, quod audiendus non sit spoliator ante factam restitutionem, priuilegium sit spoliati, magis tamen principaliter odium spoliantis concernit. Insuper priuilegium, eo, quod à iure cummuni exorbitat, eidemque detrahit, odiosum esse intelligitur, cum omnis recessus à iure communi odium contineat. Abbas *in c. quia 3. notab. de priuileg. Tiraq. in retract. consanguin. in proœm. n. 62.*

Idem responderi potest ad secundum argumentum ex *d.cap. Nullus.* Quanquam Menochius rectius responderi existimet, ibi verba illa, *quia non habet priuilegium quo possit exui iam nudatus, &c.* hoc significare, ius non esse quo spoliatus semel, spoliari adhuc possit, cum pristinæ possessioni restituendum sit potius.

Ad tertium respondetur, *in d.cap prius.* non affirmari spoliato tributum esse aliquod beneficium vel priuilegium, sed hoc tantum illic asseri, spoliatum cum omni suo priuilegio, id est, cum omni suo iure possessioni suæ esse restituendum.

Ad quartum ex hactenus dictis facilis est responsio: Etsi enim SC. Velleiani remedium principaliter sit causa mulierum, in consequentiam saltem gratia aliorum introductum, & ob id non odiosum, sed fauorabile reputetur, idem tamen in proposito non obtinet, cum, vt demonstratum fuit, non principaliter in commodum spoliati & per consequen-

tiam saltem in odiũ spoliantis; sed contra potius, principaliter in odium spoliantis per consequentiam saltem in fauorem spoliati interdictum hoc vnde vi introductum fuerit.

Ad quintum arg. resp. omnem pœnalem sanctionem, eo respectu, quatenus Reip. interest delicta puniri, & malis hominibus Rempub. purgari, fauorabilem intelligi, Attamen principaliter pœnam & sanctionem qua illa introducitur, spectare odium delinquentis: Duo siquidem fines sunt cuiusq; pœnæ; vnus principalis, quo sc. ipsi delinquentes coerceantur & de Rep. male meriti delictorum suorum debitam sentiant vindictã, *l. 31. ff. deposit.* Alter secundarius vt alii à consimili facinore deterreantur,

Tertia opinio fuit ista, dispositionẽ illã de restitutione spoliatorũ partim esse odiosam, partim fauorabilem; odiosam respectu spoliatoris cuius pœnã concernit, fauorabilẽ vero respectu spoliati cuius restitutionem & cõmodum respicit.

Sed huic obiicitur, quod ex sententia Decii non possit vna eademque res diuerso respectu censeri *l. eum qui ades. ff. de vsucap.*

Veruntamen hæc consideratio Decii non procedit quando vnius eiusdẽq; rei diuersi sunt respectu: Nam tunc etiã diuerso eam iure censeri certum & indubitatum est, *l. Miles. §. pro parte. ff. de legat. 2.* Cum ergo in proposito casu diuersi considerati possint respectus, obseruata personarum diuersitate; nihil videtur obstare, quo minus interdictum de restitutione spoliatorũ pro diuerso respectu partim odiosũ sit, partim fauorabile.

Ego tamen, aliorũ, rectius sentientium iudicio semper saluo, sic respondendum arbitror, interdictum vnde vi partim esse odiosum, partim fauorabile; sed ita vt odium principaliter consideretur, ac præponderet fauori; vnde merito, iuxta primam opinionem restitutio spoliatorum odiosa & non fauorabilis censebitur.

Non solum domino & bonæ fidei possessori spoliato, sed prædoni etiam ac malæ fidei possessori restitutionem esse faciendam probat textus *in l. 1. § 30. ff. de vi & vi armat.* quo in loco aperte sic scribitur: *Qui à me vi possidebat si ab alio deiciatur, habet interdictum.* Et *in cap. In literis. extr. de restit. spoliator.* expresse dicitur, prædonẽ etiam, secundum rigorẽ iuris, esse restituendũ. Sed anne aduersus verũ dominũ quem talem esse constat, restitutio fiet spoliantis, siue prædonis? Negat Iacob. Menoch. ex hisce sequentibus rationib.

Lit. C. Quæ. 56. An spoliatori à domino rursus spoliato, detur interdictum vi possidentis?

1. Quia *in cap. cum dilectus. extr. de caus. possess. & propriet.* hæc fundata est regula quod cum constat de iure proprietatis & dominii, causæ possessionis præualeat. Cum igitur in nostro casu præsupponatur spoliatum esse prædonem notorium & per consequens ipsum spoliatorẽ esse dominum, sequitur spoliatum ante omnia non esse restituendum.

2. Quia cum iure sit permissum domino aduersus manifestum prædonem ius sibi dicere *cap. proposuisti de appellat.* sequitur quod dominus rem spoliatori ereptam non teneatur ad restitutionem faciendam.

3. Quia, etsi illa, quæ sine ius dicentis authoritate, sed temere de facto aguntur reuocentur, nulla interposita mora, non tamen reuocantur quæ acta sunt aduersus eum, qui manifeste nullum in re ius habuit: Dec. *in l. si pacto quo pœnam. n. 1. C. de pact.* Quocirca prædo, à domino spoliatus, non debet contra dominum restitui, cæterum in contrariam opinionem discesserunt IC. statuentes etiam contra dominum prædonis, siue spoliatoris, restitutionem fieri oportere.

Mouentur autem his sequentibus rationibus:

1. *In l. 1. & l. 14. ff. de vi & vi armata.* generaliter dicitur, spoliatum, qualiscunq tandem fuerit possessor, restituendum esse, nec destinguitur vtrum spoliator domi-

dominus fuerit, an minus. 2. *In cap. Vt literis de restitut. spoliat.* simpliciter & generaliter affirmatur, prædonem esse ante omnia restituendum, nec distinguitur, an notorius sit prædo, an non; quare nec hic nostrum erit distinguere. *l. Non distinguemus. de recept. qui arbitr. receperunt.* 3. Præterea & ideo restituendus est prædo contra dominum, quia prædo iuste à domino recuperat, cum legis auctoritate recuperet: Nam legis dispositione priuatur suo dominio dominus, qui prædonem spoliauit, *l. si quis in tantam. C. vnde vi.* Quocirca prædo cum se restitui petit non rem alienam petere intelligitur, sed rem propriam, cum iam ob violentiam dominium amiserit, & non leges ciuiles modo, sed & Canones concedunt lucrari in delinquentiū pœnam *cap. fraternitatis. vbi gloss. cap. in legib. 12. quæst. 2. cap. licet extr. de pœn.*

4. Quod si igitur prædoni est actio ad recuperandum, multo magis ei competit exceptio ad retinendum. *l. 3. Cod. de condict. indebit. l. Inuitus. §. cui damn. ff. de R. I.*

5. Accedit quod prædo adiuuatur naturali ratione, quæ est, nec alter alteri vim inferat *l. vt vim. ff. de Iustic. & iure.* dominus vero solum iuuatur ratione iurisgentium, qua ipsi rei propriæ ablatæ recuperatio conceditur. *l. ex hoc iure. ff. de iustic. & iure.* Atque sic causa prædonis fortior est præponderat causæ domini.

6. Adde quod restitutio spoliati, non in titulo aut iure petentis, sed in odio spoliantis fundatur *cap. final. de ordin. cognit.* & præcedente quæstione dictum fuit. Hinc etiam prædo & iniustus possessor, nullum habens in re titulum, spoliatus restitui debet *l. 1. §. qui à me. ff. de vi & vi armata.* Corasius 2. *miscell. 2. n. 2.*

7. Denique videtur hæc sententia maxime iuuari textu *capit. porro. extra, de diuort.* quo in loco Pontifex respondit; Comitem Pontii qui B. vxorem sine iudicio Ecclesiæ dimiserat, quod eam cognatam fuisse primæ vxoris intellexisset ab ea separari non potuisse, proinde eam vxorem restituendam, etiamsi parentela publica sit & notoria.

Ego in hac Dd. concertatione priori sententiæ subscribendum censeo.

Nec primo argumento posterioris opinionis, quod sese in generalitate allegatorum textuum fundat: Nam ista generalitas ex fundamentis, pro priori sententia adductis, facile restitutionem accipit.

Ad secundum ex *d. cap. in literis.* desumptū, respondeo, ibi prædonē fuisse notorie talem, alioquin non pro prædone haberetur. Deinde etsi iste textus non distingueret, aliunde tamen distinctio desumenda foret, cum vna lex aliam declarare soleat *l. vtrum. ff. de petit. hered.* Deinde accipi potest iste textus *d. cap. in literis.* de eo casu, quo prædo à non domino spoliatus, restitutionem aduersus eum petit. At nos loquimur in eo casu, quo is, qui notorie prædo est à domino vero spoliatus est, & aduersus hunc restitutionem petit.

Ad tertium argumentum respondeo nulla lege reperiri cautum quod dominus sua authoritate è manibus manifesti ac notorii prædonis, rem propriam vindicans rei dominio priuari debeat, Nec enim *d. l. si quis in tantam. C. vnde vi.* id constituit.

Idem plane ad quartum argumentum respondendum est.

Ad quintum respondeo recuperatio ista domini non posse aduersus prædonem spolium dici, cum iure permittente suum recuperet; vt ex prædictis patet.

Deinde falsum est quod prædo maiori & fortiori ratione aduersus dominum, quam dominus aduersus prædonem nitatur: Cum & prædo prius ius naturale læserit occupando domini possessionem *l. 206 ff. de Reg. Iur.* Adhæc,

dominus summa æquitate nititur cum à viro scelerato, qui sine controuersia rem restituere debuit suum recuperauerit *l. bona fides. ff. deposit.* vbi istam æquitatem probe considerauit Triphoninus.

Ad sextum argumentum hæc est responsio, illud laborare petitione principii dum præsupponit, quod dominus, à prædone manifesto rem suam recuperans prædo sit, spolium commiserit & propterea odio sit dignus; quod enim rem prædoni auferendo iure suo vtatur nullumque spolium committat, dilucidissime probatum existimo.

Ad postremum *in d. capit. porro. de diuort.* fundatum, respondeo illic dimissæ vxoris restitutionem fieri, quia maritus vxorem suam contra legis præceptum dimiserat: Nemo enim prætextu consanguinitatis potest vxorem suam dimittere *cap multorum. causa. 35. q. 6.* In hominis quippe potestate hæc non sunt, quæ animæ periculum respiciunt, nec iure diuino permittitur ex hac causa vxorem dimittere.

Quæ. 57. *An qui clam est ingressus possessionem conueniatur interdicto vnde vi?*

An is qui clam ingressus est possessionem interdicto *vnde vi* conueniri possit? quæstio est difficilis & Dd. concertatione nobilitata.

Ego cum Menochio verissimum esse arbitror quod interdictum vnde vi aduersus eum non detur.

Vt autem ita sentiam ac statuam, moueor textu *l. 1. §. 1. ff. de vi & vi armat.* vbi ICtus ait: Hoc interdictum proponitur ei, qui vi deiectus est. Etenim fuit æquissimum, vi deiecto subuenire propter quod ad reciperandam possessionem interdictum hoc proponitur.

2. Cui textui hæc etiam ratio accedit quod id, quod spoliatus ante omnia restituitur, hæc contingat ob improbitatem ingredientis per vim alterius possessionem *l. si quis à se fundum. C. ad L. Iul. de vi.* At qui clam possessionem ingreditur, non potest dici vim commisisse & improbus ob id esse.

3. Adducit Menochius & hanc rationem quod contra eum, qui clam ingressus est possessionem rei suæ competit interdictum vti possidetis *l. 1. pr. & in fine. l. 3. pr. & l. vlt. ff. vti possidet.* quod interdictum est retinendæ possessionis *§. retinendæ. de interdict.* eoque casu dominii exceptio obiici potest *l. si duo. pr. ff. vti possidet.* Nam cum tu sis in possessione rei meæ, si clam ego eam ingrediar & tu contendas te esse in possessione, cum non desieris animo possidere & velis in naturali retineri, nec à me turbari, licet ergo clam videar possidere & propterea non possim eo interdicto vti; attamen cum me dominum ostendo ex titulo antiquo, non dicor proprie clam possidere; Vnde etiam restitutio ante omnia, hoc casu, non fiet.

4. Accedit & his ista ratio quod violentus possessor longe sit improbior clandestino *arg. si l. vendidero. §. Cum raptor. ff. de furt & l. vis eius. Cod. de probat.* æquissimum igitur est acrius puniri violentum possessorem clandestino.

Non obstat huic sententiæ textus *in l. si coloni. C. de agricol. & censit.* Nam ille textus habet nouum aliquod remedium ab interdicto vnde vi plane distinctum & separatum, vt proinde argumentum ex hoc textu deductum, plane à separatis procedat.

Idem plane respondendum est ad textum *cap. reintegranda. caus. 3. q. 1.* Non etiam refragatur quod interdictum quod vi aut clam conceditur aduersus eum, qui clam aliquid agit *l. 1. denique. ff. quod vi aut clam.* Hoc autem interdictum sit restitutorium velitque eum, cuius possessio clam est occupata, quam primum restitui *l. vlt. pr. C. vnde vi.* Vnde colligitur quod aduersus eum, qui clam possessionem est ingressus, nõ minus ante omnia restitutio fieri debeat, quam contra violentum inuasorem, siue occupatorem.

Ad

Ad hoc quippe argumentum respondetur, interdictum istud quod vi aut clam nequaquam esse natura sua restitutorium possessionis, sed solum operis facti, vt in pristinum restituantur omnia.

Non resistit præterea textus *in capit. cum quis. de restitut. spoliator.* vbi videntur à pari procedere qui clam & qui per vim est ingressus.

Ad hoc siquidem argumentum expedita est responsio quod in casu illius *cap.* actum non fuisse interdicto *vnde vi*, sed interdicto vti possidet. Deinde respondet Menochius hactenus solum æquiparationem fieri vt vnus atque alter vitiosus possessor aduersus agentem criminis exceptione vti possit: At quonam iudicio agat actor ille, vt suam consequatur possessionem non determinari, sed in iuris dispositione relinqui.

Non resistit etiam textus *in l. is qui destinauit. ff. de Rei vindicat.* qui dum generaliter loquitur in quocunque possessorio, dat consilium vt agere volens prius agat possessorio, quia si obtinebit possessionem, cogetur aduersarius agere petitorio & dominium probare. Præsupponit igitur textus conuentum esse dominum, & dominium posse probare, & tamen negat obstare agenti possessorio dominii exceptionem, sed si vult obtinere petitorio agere debet.

Etenim respondet Menochius falsam omnino esse hanc argumẽtationẽ. etsi enim ICti sit cõsilium vt prius experiatur possessorio acturus petitorio: Nõ tamen concludit agenti possessorio, nũquam posse obiici dominii exceptionẽ Igitur hoc solum ICtus sentit, agere volentem petitorio, prius tentare debere vt consequatur possessionem; quo autẽ modo id facere debeat, non asserit, sed præsupponit terminos habiles vt scilicet consequatur quo potuerit remedio: Non ergo negat agenti possessorio interdum dominii exceptionem obiici, & sic dominum, qui clam ingressus est possessionem rei suæ, interdicto agentem repellere posse.

Datur porro interdictum vnde vi ei, qui de possessione sua vi deiectus est. Vim hic non compulsiuam intelligi, sed expulsiuam intelligi, supra ostensum est, & monet hic Author noster. Id quod & iam rationem videtur habere manifestam: Nam qui compulsus possessionẽ suam tradit, sua voluntate intelligitur deiectus, cum voluntas coacta etiam sit voluntas *l. 21. ff. quod met. caus.* Quocirca hoc casu agitur actione quod met. causa. **Lit. D.**

Et datur aduersus eum qui deiecit, vel qui deiici mandauit, aut qui ratum habuit. *l. 1. §. 12. l. 4. hoc tit. l. 51. ff. de Regulis Iuris.* **Lit. E.**

Sed nunquid hæredi & cæteris successoribus datur?

Et quidem indubitati iuris esse arbitror heredibus eius, qui vi deiectus est, hoc interdictum competere: Sic enim *in l. 1. §. 44 ff. de vi & vi armata* Vlpianus ait; *Hoc interdictum & heredi & cæteris successoribus competit.* Tametsi enim hoc interdictum pœnale sit respectu eius contra quem redditur, ex parte tamen deiecti rei persecutionem continet: Actiones autem rei persecutoriæ ad heredes solent transire.

Sed nunquid heredibus datur etiam antequam ipsi possessionem corporaliter apprehenderint?

Verior est negantium sententia: Hoc siquidem interdictum vnde vi est de recuperanda possessione, vnde non potest alii competere nisi ei, qui prius possessionem habuit: Heredes autem ante corporalem apprehensionem non habent possessionem rerum hereditariarũ quæ defuncti fuerunt; per textum *in L. 23. ff. de acq. possess.* vnde etiam nõ possunt

interdicto vnde vi, de possessione illarum rerum recuperanda agere.

Dissentientium vero argumenta hæc potissimum sunt.

1. Adducunt *l. 1. C. quor. bonorum*. vbi interdictum quorum bonorum datur filio etiam ante apprehensam rerum hereditariarum possessionem. Idem ergo de interdicto vnde vi asserendum.

2. Ex *capit. Contingit. extr. de dolo & contumacia*. probatur possessionem illam dici veram, quæ sine apprehensione acquiritur, quapropter heredes quoque licet realiter possessionem non apprehenderint, veram tamen possessionem habere intelligentur, in se à defuncto continuatam.

3. Quia quod ex iuris communis dispositione possessio defuncti in heredem ipso iure continuetur, probat *l. Cum miles. Digest. ex quibus caus. maior. l. cæptam. Digest. de vsucap.* Cui consequens est quod heredes etiam ante possessionis naturalem apprehensionem interdicto hoc recuperandæ possessionis recte experiatur.

Sed hæc argumenta exigui sunt ponderis & leuiora quam vt priorem sententiam euertere valeant.

Quod enim primo loco de interdicto quorum bonorum adfertur, illud ad rē facere non videtur: Est enim interdictū quorum bonorum adipiscendę possessionis, & ideo etiam illis datur quibus nunquam possessio acquisita fuit: Interdictum vero vnde vi est recuperandæ possessionis & ideo illi soli datur qui possessionem prius habuit: Recuperamus siquidem, quæ, nunc amissa, prius habuimus: adipiscimur vero ea, quæ prius non habuimus.

Ad *caput. contingit.* respondet Menoch. ibi sermonem esse de possessione actori adiudicata, qui elapso deinde anno in rei contumaciam verus efficiatur possessor quia contumacis patientia loco traditionis fit. Ad Tertium & vltimum respondeo falsum esse quod ipso iure possessio in heredes transeat; cum id perspicue refellat textus *in d. l. 23. Digest. de acq. poss.* Nec contrarium probat *d. l. cum miles*: Nam ibi per possessionem ipsa res, siue prædium intelligitur.

Equidem si statuto alicuius loci cautū sit vt possessio in heredes statim post aditionem hereditatis sine corporale apprehensione, ipso iure acquiratur, dubitandum non est quin ad heredes quoque interdictum vnde vi transeat.

Hoc interdictū vnde vi an in successorē transeat? dubio non caret: Et primo de successore vniuersali, hoc est, herede quæritur. Quæ. 58. *An interdictum vnde vi in successorem, præsertim singularem transeat?*

Videtur autem prima fronte hoc negandum; idque ex hac vrgentissima ratione quod ex delictis defunctorum heredes non conueniantur *l. vnic. Cod. Ex delicto defuncti.*

Sed hac ratione non obstante, contrarium decisum & responsum est *in l. 1. §. vltim. l. 3. §. 1. l. 9. Digest. de vi & vi armata.* Quibus in locis diserte sancitur heredes defuncti spoliatoris hoc interdicto conueniri.

Et merito hoc ita constitutum est: Tametsi enim verissima sit ista regula iuris quod ex delicto defuncti heres non conueniatur; ea tamen hanc restrictionem & exceptionem patitur; Nisi heredes aliquid ex delicto defuncti possideant: Tunc enim illos, quatenus ad ipsos peruenit, conueniri multis ac prope infinitis in locis iuris nostri est scriptum. *l. 16 §. 2. Digest. quod met. caus. l. 26. l. 28. ff de dolo malo. l. 1. §. final. Digest. ne vis fiat. l. 3. §. fin. ff. si mensor fals. mod. dixer.*

Et ita quoque interdictum vnde vi in heredes spoliantis in id solum, quod ex spolio possident, dari, author est Vlpianus *in l. 1. §. fin. l. 3. pr. & l. 9. ff. de vi & vi armata.*

De

De successore singulari maior est dubitatio; Et quod is non possit conueniri hoc interdicto vnde vi sequentibus rationibus euinci videtur.

1. Personales actiones non transeunt in heredes, nec rem sequuntur, sed personam *l. 1 § si heres percepto fundo. Digest. ad Trebell. l. fin. § fin. Digest. de contrahend. empt. l. heres. Cod. de reuoc. donat.* Item vero interdictum vnde vi personale est *l. 1. §. pen. Digest. de interdict. §. final. Instit. eod.*

2. Et quod interdictum vnde vi non detur in singularem successorem probat textus *in l. cum à te. ff. de vi & vi armata. c. cum ad sedem extr. de restit. spoliat.*

Pro contraria opinione, quod videlicet interdictum vnde vi competat in successorem singularem hisce sequentibus rationibus confirmatur.

1. In *cap. saepe, extr. de restitut. spoliator.* Spoliatus possessione non tantum contra spoliantem agit, sed etiam ab eo, qui sciens à spoliatore rem recipit restitutionem petit; cum succedat in vitium.

2. Accedit huic quod vitium violentiae transeat cum re in successorem quemcunque *l. vitia. Cod. de acquir. possess.*

3. Item probari videtur *l. Item si cum §. Aliquando. 5. Digest quod met. causa.* quo in loco expresse dicitur, eum, qui bona fide ab eo, qui vim intulit, comparauit, teneri.

Sed priori sententiae videtur omnino subscribendum, non obstantibus proxime adductis fundamentis.

Quod enim ad *d. cap. saepe.* respondent nonnulli eum textum loqui de alio, quã interdicti vnde vi remedio; hoc igitur, etsi in singulares successores transeat, non tamen idem in interdicto vnde vi obtinere. Hoc declarando, ait Corasius, per interdictum vnde vi à lege ciuili prouisum fuisse contra spoliantem mandantem & ratum habentem: Verũ quia non multum interfit, vtrum scienter detineas, an in vadas alienum, constituisse Innocentium Tertium in concilio generali, si quis rem eiusmodi emerit, aut alio titulo singulari scienter receperit, cum succedat in vitium, vt restitutioni debeat esse obstrictus.

Sed tamen haec interpretatio ipsi displicet Corasio, & post eum Iacobo Cuiacio qui statuerunt *in d. cap. saepe.* de interdicto vnde vi tractari, vt id, quod à lege ciuili strictis regulis concludebatur per ius pontificium ad singularem successorem, scienter in vitium succedentẽ summa ratione fuerit extensum.

Huic autem interpretationi ait Corasius non obstare quod vulgo dici solet, quod non reperitur mutatum illud stare non prohibetur *l. sancimus. C. de testam. l. prospeximus. Cod. de appellat.* item quod correctiones legum vitare oporteat *cap. cum expediat. de elect. in sext.*

Hoc enim obtinet cum in dubiis sumus: In proposito autem in re clara & manifesta versamur; Cum textus *cap. saepe.* expresse dicat, *non obstante iuris ciuilis rigore.* quae verba perspicue legis ciuilis correctionem inducunt.

Ad *l. vitia Cod. de acquir. possess.* respõdet Corasius & Menochius, regulam ibi propositam procedere dũtaxat quoad vsucapionem & praescriptionem impediendam.

Donellus vero eam de successore vniuersali interpretatur, quem constat non modo incommoda defuncti, sed etiam in incommoda, non modo in virtutes, sed etiam in vitia eius; successorẽ vero defuncti singularem, quia personam defuncti non repraesentat, in vitia illius non succedere.

Ad Tertium respondetur *d. l. 14. §. aliquando ff. quod met. caus.* de eo intelligẽdam esse casu, quo is, qui vim fecit, non est soluendo: Tunc enim, ne me-

tus,

tus, quem passus sum, mihi captiosus sit, in subsidium etiam bonæ fidei successorem singularem teneri.

Hæc igitur est Corasii & Iacobi Menochii sententia, iure quidem ciuili Cæsareo in particularem successorem spoliantis interdictum vnde vi non dari regulariter; At in subsidium, cum scilicet ipse spoliator soluendo non est dari illud interdictum in quemcunque eius particularem successorem, siue bonæ fidei successor fuerit, siue malæ fidei. Id quod ratione hac niti ait Corasius quod æquum non sit vim alienam mihi esse damnosam, quemadmodum etiam in actione quod metus causa dicatur, quæ contra singularem successorem, etiam bonæ fidei datur *d.l. Et si cum. 14. §. aliquando. ff. quod met. causa.* in subsidium tamen, expulsore scilicet non existente soluendo; quem sensum ex *fine istius §. aliquando.* colligit Corasius, dum illic ratio assignatur, *ne metus quem passus sum, mihi captiosus sit,* è quibus verbis patet textum loqui de eo casu, quo expulsor non est soluendo, quia si soluendo esset, contra eum agi posset, nec motus illi captiosus foret.

Deinceps ait Corasius iuri ciuili per ius Canonicum hactenus derogatum fuisse vt in malæ fidei successorem, siue, quod idem est, in eum, qui sciens rem à spoliatore acceperit, etsi soluendo sit spoliator, agi queat *d. cap. sæpe. extr. de restit. spoliator.* cum iure ciuili non nisi in subsidium hoc interdictum competierit.

Cæterum ego quoad posterius hoc Corasio facile assentior, quamuis quo ad prius ei subscribere nequeam; quoniam exceptio ista de interdicto vnde vi in subsidium aduersus successorem singularẽ dando, in iure ciuili non videtur satis esse fundata: Nam quod ad *d. l. 14. §. aliquando.* attinet, loquitur illa expresse de actione quod metus causa, quæ ab interdicto vnde vi est diuersissima: Tum quia actio quod metus causa est de vi compulsiua, interdictum vero vnde vi est de vi expulsiua: Tum quia illa actio est in rem scripta *d. l. 14.* & propterea etiam in singularem successorem datur; Interdictum autem vnde vi personale est, & ideo in successorem singularem competere non potest.

Et hoc ipsum etiam textu *cap. Cum ad sedem. 15. extr. de restitut. spoliator.* aperte probatur, dum illic dicitur quod aduersus eum, qui nec ipse spoliauit, nec spoliare mandauit, nec spoliationem, ab alio factam, ratam habuit, interdictum vnde vi nullatenus competat.

Concludendum igitur existimo iure ciuili interdictum vnde vi contra singularem successorem, ne quidem in subsidium, dari: Iure autem Canonico contra eum duntaxat singularem successorem illud interdictum competere, qui sciens rem à spoliatore accepit.

Sed quidnam de eo casu dicendum, quo quis immediate, deiecto possessore, ab eo qui vim fecit, possessionem vacantem accipit eamque ingreditur? An ne & is interdicto vnde vi tenebitur?

Affirmat Iacobus Menochius *d. remed. 7. recuper. poss. n. 153.* Donellus *ad L. vltim. C. vnde vi.*

Et pro ea assertione videtur etiam non parum facere *l. 4. §. 22. ff. de vsucap.* quo in loco Paulus ita scribit: *Si tu me vi expularis de fundi possessione, nec adprehenderis possessionem, sed Titius in vacuam possessionem intrauerit, potest longo tempore capi res, quamuis enim interdictum vnde vi locum habeat, quia verum est vi me deiectum; non tamen verum est & vi possessum.* Ecce hic aperte dicitur quod aduersus eum, qui ingressus est vacantem possessionem, qua alius vi deiectus erat, dari interdictum vnde vi.

Idem confirmat textus *in l. vltim. Cod. vnde vi*

vnde vi. Cuius verba hæc sunt: *Cum quærebatur inter Illyricianam aduocationē quid fieri oporteret propter eos, qui vacuam possessionem absentium sine iudiciali sententia detinuerunt, quia veteres leges nec vnde vi interdictum, nec quod vi aut clam, vel aliam quandam actionem ad recipiendam talem possessionem definiebant, violentia in ablatam possessionem minime præcedente, nisi domino tantummodo in rem actionem exercere permittentes: Nos non concedentes aliquem alienas res vel possessiones per suam auctoritatem vsurpare sancimus talem possessorem vt prædonem intelligi & generali iurisdictione ea teneri, quæ pro restituenda possessione contra huiusmodi personas veteribus declarata sunt legibus.*

His quoque verbis perspicue ostenditur quod interdictum vnde vi in eum qui vacuam possessionem à spoliatore accepit, reddantur.

Sed huic sententiæ aduersari videtur textus *in l. invasor. 5. C. vnde vi.* ibi constantinus Imperator hæc in verba rescribit: Invasor locorum pœna teneatur legitima, si tamen vi loca eadem inuasisse cōstiterit: Nam per errorem aut incuriam domini loca ab aliis possessa sunt, sine pœna possessio restitui debet.

Donellus *in d. l. vltim. n. vltim.* statuit hanc *l. invasor 5.* correctum & emendatā esse *per d. l. vltim.* cum constet eam *l. vltim.* esse correctoriam & *d. l. 5.* recentiorem, vti ex subscriptione eius patescat.

Sed Huberto Giphanio hæc responsio Donelli displicet, propterea quod vtraque lex de diuerso loquatur casu: In *d. l. vltim.* sermo sit de eo qui rem de cuius possessione dominus erat deiectus, ipse occupauit possessionem que ingressus fuit: In *d. l. 5.* de eo instituta sit oratio, qui non ipse sumpsit possessionem sed cui ex iusto præcedente titulo, emptionis videlicet, aut permutationis aut donationis, aut consimile aliquo, possessionem ab ipso deiiciente accepit.

Et profecto ita sese rem habere, verba vtriusque legis clare ostendunt proinde non dubito quin Authoris nostri assertio falsa sit, nec regulæ illius quod interdictum vnde vi in singularem successorem non detur, exceptio fundetur in casu *d. l. vltim.* vt quæ de successore singulari spoliatoris non loquatur.

Non magis eandem exceptionem *in d. l. 4. §. 22. ff. de vsucap.* fundamentum habere arbitror, quia in ea expresse negatur eum, qui rem à deiiciente accepit vi possidere: Atqui interdictum vnde vi contra neminem datur, nisi vi alium deiecerit.

Vnde etiā interdictum vnde vi, q̄ illic cpōetere dicitur, non in succeſſorē sed in ipsum deiicientem reddi, intelligendum est; idque propter *d. l. vltim.* in qua disertis verbis ostenditur, veteribus legibus interdictum vnde vi non competisse in eum, qui vacuam possessionem rei alterius sponte fuerit ingressus; Cui certe consequēs est quod multo minus in eos iure veteri competierit interdictum vnde vi, qui ipsi sponte non occuparint possessionem, sed eam ex iusta causa ab alio acceperint, cum hi illo sint longe fauorabiliores.

Interdicti huius vis & effectus hic est, vt deiectus & spoliatus ante omnia restituatur *capit. Nullus. cauſ. 2. q. 2. & cap. 1. 2. & tot. tit. extr. de restitut. spoliat. l. 14. C. de agric. & censit.* *Lit. F. & G.*

Id quod in tantum verum est vt etiam spoliato non sit audiendus priusquam restituat spolium per textum *in capit. fin. extr. de ordine cognit.* vbi hæc in verba pontifex Gregorius scribit: *Super spoliatione conuentus aduersus se restitutionem petentem, non est nisi super quæstione spoliationis, si eum reconueniat, audiendus: Cum restitutionis petitio in hoc priuilegiata censeatur, vt ipsam intentās non cogatur ante restitutionem*

turionem spoliatorib. respondere. Quanquam & agendo spoliatione ab eis in modum exceptionis proposita repellatur.

Dum autem restituendus dicitur spoliatus intelligitur plenaria restitutio, qua non solum res ipsa sed etiam omnes fructus percepit & qui percipi potuerunt à tempore spolii restituantur; Cum verbum restitutionis plenissimam habeat significationem *l. Videamus. 2. §. item si indebitum ff. de vsur. cap. accedens. extr. vt lite non contestata* Andr. Gail. *2. obseruat. 75.*

Quæst. 56 *An contra interdictū vnde vi admittatur except o dominii si simul in cont. nenti offerantur probatio nes?*

Et quod dictum est, non audiri vllam spoliatoris defensionem ante restitutionem factam, vsque adeo verum est vt ne quidem exceptio dominii seu proprietatis admittatur, etiamsi in continenti probationes offerat Andr. Gail. *d obseruat. 75.* Iacob. Menochius *recuper. possess. remed. 1239. & sequent.* Didac. Couarru. *in epit. de sponsal. part. 2. cap. 7. n. 9.*

Etenim *in l. si quis ad se fundum. C. ad L. Iul. de vi.* dicitur rem, qua quis est spoliatus, protenus restituendam.

2. Et *in l. 1. Cod. si per vim.* asseritur, sine vlla cunctatione rem restitui debere. Quod si igitur sine cumulatione & protenus facienda est restitutio, sequitur quod per temporis momentum non possit differri.

Huic sententiæ non obstant *l. si de vi & dolo de excep. doli.* Respondet enim Menochius istos textus in petitorio & non in possessorio locum habere. Et ipse quoque Gailius ait interdicto vnde vi non posse obiici exceptionem *dolo facit* &c. Et Ruinus dicit *consil. 140. lib.* 5. regulam istam, dolo facit qui petit, quod in continenti restituere tenetur locum habere in possessorio adipiscendæ, non in possessorio recuperandæ possessionis.

Non etiam sententiæ huic obstat quod in dispositione prohibente probationes fieri, non continentur quæ in continenti fieri possunt; Et ideo etsi exceptio nullitatis non impediat executionem sententiæ vel rei iudicatæ, tamen cum offertur probatio in continenti, admitti debet.

Hoc inquam, non obstat, quia diuersissima ratio est, quoad præsens negotiū interdicti adipiscendæ & recuperandæ possessionis: Nam in proposito non admittuntur probationes, quæ in continēti offeruntur, quia non licuit ipsi spoliatori sua manu sibi ius dicere. Cum ergo in illius odium & pœnam lex hoc constituerit *l. si quis in tantam. C. vnde vi. c. eum qui. de prabend. in sext.* hoc commodum sentire non debet, ne ex proprio delicto illud sentiat, contra *legem auxilium. ff. de minorib.* neue aliis delinquendi occasio præbeatur contra *capit. quanto de diuort. L. Non est singulis. ff. de Reg. Iur.* alioquin enim in facultate domini esset probationibus innitentis ac paratis sua manu sibi ius dicere & vim illatam ac audaciam, oblatis probationibus tueri.

Non obstat textus *in capit. literas. extr. de rest. spoliat.* Nā illius canonis casum esse singularem & exceptionem à regula continere, respondet Menochius *d. remed. 1. n. 248.*

Illud certum est, eo casu, quo consensu spoliati super exceptione proprietatis cognoscitur, restitutionem impediri proprietatis exceptione.

Extat quippe hac de re textus perspicuus *in cap. 1. extr. de restitut. spoliator.* dum illic Gregorius pontifex hoc modo scribit: *Licet multum nobis conquestus est Philasius dictus, eius campum ab Ecclesia hominibus irrationabiliter occupatum. Quod si ita est quanquam ante omnem contentionem possessio ei debuerat violenter ablata restitui: Tamen quia euentus Diaconus ipsius Ecclesiæ, consentiente illo constituit, se legitime probaturum dictum campum eiusdem Ecclesiæ iuris esse, inquire veritatem Et si hoc probatum fuerit huic dicendi modus est vt à sua intentione discedat. Alioquin res ablata restituatur.*

Quin-

Quin etiam consensisse tacite intelligitur spoliatus, quando exceptioni proprietatis replicationem non opposuit; sed super ea exceptione cognoscere est passus: Et hoc ideo quia exceptio per replicationem elidenda est, quod, nisi fiat, vires & effectum sortietur exceptio *pr. l. de replic. l. 2. §. 1. ff. de except.*

Verum de hac assertione non iniuria quis dubitare posset; quandoquidem in *dict. cap final. extr. de ordine cognit.* dicitur non esse audiendum spoliatorem nisi restitutione facta: Et *in d. l. 1. Cod. si per vim. & l. Cod. ad L. Iul. de vi.* asseritur, sine vila cunctatione & protenus faciendam esse restitutione. At hoc non fieret, si exceptione proprietatis opposita, nec ea per replicationem elisa, cognitione super ista exceptione susciperetur. Nec sane spoliatus ad oppositam exceptionem tacens, sui in præiudicium consentire intelligetur.

Nec ad rem facit quod exceptio per replicationem sit elidenda: Hoc enim tunc falsum est, quando friuole & nulliter opposita est exceptio, vt hoc loco: Nam tunc, vtpote ipso iure nulla non indiget vlla elisione.

Sed quid dicendum si aliquis rei suæ possessorem clam deiecerit, atque hoc interdicto vnde vi conueniatur, poterit ne agenti & spoliato exceptionem proprietatis opponere? Quam quæstionem supra quoque nonnihil attigi.

Quæst. 60 *An Clandestinus possessor agenti interdicto vnde vi possit dominii exceptionem opponere?* Affirmat noster Author, sed eo casu, quo is, qui clam spoliatus est possessione non agit immediate, sed prius ad suam possessionem reuerti conatus, à domino vi repulsus fuit; Nam si agit immediate, non potest vti interdicto vnde vi, cum ab eo, qui clam possessionem occupauit, non possit dici vi deiectus.

Verumtamen rationem plane non video quare clandestinus spoliator possit exceptionem proprietatis opponere agenti interdicto vnde vi, cum eius interdicti effectus & vis sit vt ante omnia restituendus beat spoliatus; nec prius spoliator audiri debeat, vt paulo supra ostendimus.

Quæst. 61. *An vsufructuario detur vtile interdictum vnde vi?* Vsufructuarium porro interdictum vti possidetis habere certum est, quandoquidem de eo expressi extant textus *in l. 3. §. 13. & seqq. ff de vi & vi armata.*

Illud vero dubium & controuersum est, anne directum, an vero vtile interdictum illi competat? Iason *in l. 12. pr n. 9.* statuit vtile saltem interdictum vnde vi vsufructuario deiecto dari: Rationes illius hæ sunt.

1. Quia illud non est directum interdictum, sed vtile quod alicui non ratione veræ ac propriæ, sed ratione impropriæ & quasi possessionis datur: Cũ vera possessio, directum, quasi-possessio vtile pariat interdictum. Iam vero vsufructuario datur interdictum vnde vi, non ratione veræ ac propriæ suæ possessionis, sed ratione quasi possessionis iuris iui vsusfructus. Et hoc probare videtur *L. 3. §. penult. ff. de vi & vi armata:* vbi dicitur *qui vsusfructus nomine qualiter qualiter fuit quasi in possessione, vtetur hoc interdicto.*

2. Item probare conatur hac ratione Quod interdictũ vsufructuario per extensionem conceditur, illud non potest dici directum interdictum, cum illud demum dicatur directum quod recta ex verbis edicti descendit, non quod per interpretationem vel extensionem ex edicto deducitur. Iam vero quod interdictũ vnde vi vsufructuario per extensionem & benignam interpretationem concedi, probare videtur ex *d. l. 3. §. pertinet. ff de vi & vi armata.* vbi dicitur interdictum hoc ad vsufructuarium *pertinere*, sicque per extensionem.

Sed hisce rationibus non obstantibus, dicendũ videtur ꝙ vsufructuario interdictum vnde vi directum competat.

1. Quia fructuarius ex veriore & crebriore Dd. sententia vere naturaliter possidet *l. Naturaliter. pr. ff. de acqu. possess.*

2. Quia ex verbis ipsis, non vero ex interpretatione & extensione interdicti vsufructuario conceditur interdictum vnde vi, vt probant *d. l. 13. §. 13. & seqq.*

Nec est quod quis multum moueatur quod vsufructuarius dicitur quasi possidere: Nam hoc non ratione rei fructuariæ, sed ratione iuris sui accipiendum est: Rem fructuariam vere ac proprie possidet Ius vero suũ possidet improprie. Iá vero interdictum vnde vi cõpetit vsufructuario nõ tã ratione vsusfructus & iuris sui, quam ratione rei fructuariæ, de cuius possessione ipse deiectus fuit.

Ad secundum argumentum respondetur, ex eo quod dicitur interdictũ hoc ad vsufructuarium pertinere, non esse colligendum quod vtile solum & non directum interdictum vsufructuario detur, cum potius inde contrarium colligatur quod directum interdictum habeat vsufructuarius, nec illud per interpretionem solum & extensionem, sed potius directo ex verbis eius edicti ei competat.

Lit. I. Quæst. 62. *An Emphyteutæ vtile interdictũ detur eo casu, quo fundus ob non solutum canonem in commissum cecidit?*

De emphyteuta, si fortassis ipsum de fundo emphyteutico deiici & expelli contigerit, quæritur vtrumne habeat hoc interdictum vti possidetis?

Et quidem quod directum habeat, non vero vtile solum, probari videtur textu *l. 15. ff. qui satisd. cogunt.* Nam illic expresse dicitur, eum qui vectigalem id est emphyteuticum habuerit agrum possidere: Quocirca si de possessione deiectus fuerit, indubitate vti possideris interdictum habebit.

Sed nunquid & tunc hoc interdictum habet, quando ob non solutum canonẽ emphyteusi cecidit & à domino, vel alio etiam possessione deiectus fuit?

Quæstio in eo solum consistit, anne emphyteuta ob non solutum canonem ipso iure emphyteusin amittat & è fundo feudali licite expelli queat? An vero hoc iudicis & magistratus authoritate fieri debeat?

Et quidem *in l. 2. C. de iure emphyteutico,* sancitur, si intra triennium canonem non soluerit emphyteuta domino, tunc dominus à prædiis emphyteutam repellere quod possit.

Idemque de locatore asseritur quod conductorem possit expellere si propriis vsibus domo locata dominus opus habeat.

Sed contraria sententia mihi semper visa fuit esse verior: Siquidem iure nostro expresse cautum est neminem debere sibi ipsi ius dicere *l. 14. Cod. de iudæis*, sed si quis se petitiones quasdam habere putet, legibus experiri eum oportere *l. extat. ff. quod met. causa.*

Quod igitur in adductis constitutionib. dicitur emphyteutã posse à domino, ꝓpter nõ solutũ canonẽ expelli & repelli, id ita necessario intelligendũ est, vt ad iuris intellectum referatur, & sic non corporalem delectionem significet, sed legitimam expulsionem, quæ fiat ministerio iuris atque per iuris remedia, hoc est per cõpetentes actiones & sic authoritate atque opera magistratus.

Datur deniq; & vasallo interdictum vnde vi, si defuncto feudali vi deiectus fuerit. Et hoc quidem dubium penitus nullum habet, cum satis constet quod vasallus prædii feudalis sit possessor & vtilis dominus *tit. 7. in fine & tit. sequent.* 8, *lib. 2. feud.* sed anne contra dominum hoc interdictum vasallo concedatur, per quam est ambiguum? *Lit. K.* Quæst, 63. *An interdictum vnde vi detur vasallo in dominum feudi?*

Negatiuã sententiã defendunt Zasius *in epitom. feudal. part. 11 n. 24.* Rittershus. *in paratit. feudalib. lib. 2. cap. 1. q. 7.* Menoch. *remed. 1. de recuper. possess. remed. 1. n. 95.* Rosenthal. *in tractat. feudal. cap. 10. conclus. 23. num. 1. & 5.* Fornet. *de feud. cap. 16. num. 3.*

Et

Et pro hac sententia facit quod liberto aduersus patronum hoc interdictum denegatur, eam ob causam, quod existimationem eius, aduersus quem dirigitur grauet & atrocitatem facinoris in se contineat *l. 1. §. interdictum 43. ff. de vi & vi armat.* ob paritatem igitur rationis idem videtur de vasallo dicendum, quod scilicet dominum suum non possit conuenire interdicto vnde vi, ne existimationem eius grauet contra fidelitatis iuramentum *tit. 5. & tit. 6. lib. 2. Feud.*

Huic sententiæ non refragatur quod dominus feudi à vasallo interdicto vnde vi conuentus non possit conqueri debitum sibi honorem à vasallo non exhiberi, propterea quod facinoris reus agatur. Cum enim dominus vasallum non habet vt vasallum, vasallus non compellitur dominum habere, vt dominum, *c. esto subiectus. distinct. 95.*

Etenim si quid hoc argumentum ad propositum concluderet, efficeret quoque licitum esse patronum interdicto vnde vi, aut alia famosa quapiam actione conuenire, quod tamen expressis textibus iuris ciuilis prohibitum est *l. 10. §. 12. ff. de in ius voc.*

Quare sicut patronus, etiamsi libertum suum non habuerit vt libertum, nihilo tamen minus habens ius est vt patronus propter reuerentiam ipsi à liberto debitam. Ita quoque propter eandem rationem vasallus, etiamsi à domino non fuerit habitus vt vasallus, tamen suum dominum habere debet, vt dominum. Deinde propositum argumentum procedit cum patroni & domini aduersus vasallum detecta est iniquitas & iniustitia; ad eam vero detegandam non est exercenda actio quæ famam domini suggillat.

Non refragatur etiam quod cum vasallus ex tali causa agere possit contra dominum ad priuationem proprietatis, quia & iure ciuili quis amittat dominium rei suæ, quam alteri per vim eripit *§. 1. l. de vi bonor. raptor.* non debeat ipsi denegari quod minus est nempe interdictum recuperandæ possessionis vnde vi, cum permittatur ei, quod plus est, nempe actio ad priuationem dominii.

Nam committitur elenchus comparatorum: Siquidem non minus, sed plus est, interdicto recuperandæ possessionis vnde vi, cum permittatur ei quod plus est, nempe actio ad priuationem dominii.

Hoc, inquam, non obstat: Committitur enim elenchus comparatorum: Siquidem non minus, sed plus est, interdicto recuperandæ possessionis aduersus dominum experiri, quam aduersus eundem ad priuationem proprietatis agere; cum posterius hoc saltem re priuet dominum: Illud vero honorem & existimationem eius lædat, & famam quæ nullis cum bonis comparari potest, suggillet.

Similiter proinde statuendum est, interdictum vnde vi non competere vasallo contra seniorem.

RESOLVTIO THESIS Sexta.

Propter summum odium violentæ possessionum occupationis, non solum hoc interdictum vnde vi, de quo hactenus actum fuit, contra spoliatores datur, sed etiam alia contra eosdem prodita sunt remedia.

Possunt quippe criminaliter etiam ex lege Iulia de vi publica & priuata agi vt ostendunt *tit. ff. & Cod. ad Legem Iulia de vi publica & priuata.*

In huius vero actionis criminalis & publicæ locum nouissimis Imperii constitutionibus surrogata est actio ex constitut. de pace publica, ex qua ii, qui alios per vim armatam coactis & coadunatis hominibus dolo malo possessione de-

iiciunt, incidunt in pœnam violatæ pacis quæ est bannum imperii, hoc est, proscriptio vitæ ac fortunarum. Constitutio ista extat *in recess. comit. August.* de anno 1548. von erneuwertem Landtfrieden *sub tit.* die Pœn. Friedbrecher.

Quin etiam præter alia, à Menochio de recuperanda possessione proposita. Proditum quoque est de recuperanda possessione remedium leg. *si quis in tantam. Cod. unde vi.* vbi ita Imperatores sanciunt: *Si quis in tantam furoris peruenerit audaciam vt possessionem rerum apud fiscum vel apud homines quoslibet constitutarum ante aduentum iudicialis arbitrii violenter inuaserit, dominus quidem constitutus possessionem, quam abstulit, restituat possessori & dominium eiusdem rei amittat, si vero alienarum rerum possessionem inuasit: Non solum eam possidentibus reddat, verum etiam æstimationem earundem rerum restituere compellatur.* Quam constitutionem repetit & confirmat Iustinianus *in §. 1. I. de vi bonor. raptor.*

Summa autem eius hæc est, quod si quis rem ab alio possessam, per vim possidenti abstulerit, tum siquidem dominus fuerit rei ablatæ, eam restituat domino & rei dominio cadat. Sin vero dominus non sit, tum prætor rem ipsam æstimationem quoque præstare teneatur.

Etsi vero Sarmientus in loco ab authore allegato remedium *d. l. si quis in tantam.* existimet hodie plerisque in locis in desuetudinem abiisse, id tamen non probat; proinde ipsi marito vulgaris illa iuris regula opponitur, quod mutem non reperitur, statre non prohibetur *l. præcipimus. C. de appellat. l. Sancimus. Cod. de testament.*

Lit. C. Quæ. 46. An remedium d. l. si quis in tantam. detur in fœminas?

An contra fœminas res suas aut alienas possessori vi surripientes competat remedium huius constitutionis *si quis in tantam.* quæstio est non ita expedita?

Dicendum videbatur non habere præfatam constitutionem in fœminis locum, quia loquitur expresse de illis qui iuris errore & ignorantia rapinam commiserint, putantes cuius domino fas esse rem suam propria authoritate vindicare, eandemque auferre: mulier autem excusetur ignorantia iuris, sic vt ei non noceat *l. 9. pr. ff. de iur. & fact. ignor.*

Verum hac ratione non obstante Menochius *9. remed. recuper. poss. n. 9.* statuit, prædictam Iustiniani constitutionem locum quoque in fœminis habere ita vt si fœmina per vim rapuerit rem suam, aut quam suam esse opinatur, perdat dominium rei suæ, remq; alienā, vna cum precio siue æstimatione eius præstare cogatur.

Nam constitutio ista verbo generali *si quis* (quod tam fœminas quam masculos complecti dicitur) concepta est: proinde ad fœminas quoque porrigi debet.

Nec obstat ratio supra in contrarium adducta: nam quod dicitur fœmina excusari ignorantia iuris, id non perpetuum esse, ipse Paulus *in l. 9. pr. ff. de iur. & fact. ignor* ingenue fatetur dum ita scribit: *Regula est iuris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere. Videamus igitur in quibus speciebus locum habere possit: Ante præmisso quod minoribus viginti quinque annis ius ignorare permissum est quod & in fœminis in quibusdam causis propter sexus infirmitatem dicitur: Et ideo sic vbi non est delictum, sed iuris ignorantia, non læduntur.*

Et quod axioma istud *iuris ignorantiam fœminis non nocere*, perpetuum non sit, sed in casibus duntaxat in iure expressis procedat, docet Imperator *in l. fin. C. de iur. & fact. ignor.* ita scribens: *Ne passim liceat mulieribus omnes suos contractus retractare in his, quæ prætermiserint vel ignorauerint; statuimus, si per ignorantiam iuris damnum aliquod circa ius vel substantiam suam patiantur, in his tantum casibus in quibus præteritarum legum auctoritas eis suffragatur,*

tur, subueniri. Quin & illud obseruandum est quod hoc in loco agatur de delicto & quidem delicto grauissimo violentiæ; etsi igitur fœminæ error, siue ignorantia iuris alias non noceat; hoc tamen in loco ei non patrocinabitur; siquidem in delictis in faciendo consistentibus, quale hoc præsens est delictum, error, siue ignorantia neminem à pœna excusat. Donell. ad *d. l. si quis in tantam.*

Sic etiam quod ad secundum argumentum attinet, res adhuc valde dubia est, anne in delictis melior debeat esse conditio fœminarnm, quam masculorum, proinde vt quidnam de hoc argumento haberi debeat constare possit, paucis istam quæstionem percurremus.

Pro negatiua autem opinione facit primo quod fœminæ mitius puniri debeant quam mares ex eodem genere delicti: siquidem æquissimum est eum qui minus peccat, minus etiam puniri, quam eum quis grauius peccat. Atqui mulieres in eodem delicti genere minus peccare, quam masculos, hac ratione euincitur, quod cum iudicii imbecillitate laborent, non tam ex malitia, quã ex lubricitate iudicii delinquere videantur. 2. Et ꝙ clementius punienda sint fœminæ, quam mares, probat *l. 6. pr. ff. ff ad l. Iul. peculat.* dum ibi in hæc verba scribit Vlp. *Sacrilegii pœnam debebit proconsul pro qualitate personæ, proque rei conditione & temporis, & ætatis & sexus, vel clementius vel seuerius statuere.*

3. Et *in l. 38 §. 2. ff. ad L. Iul. de adult. Tunc demum eam pœnam, quam mares sustinebit, cum incestum iure gentium prohibitum admiserit; nam si sola iuris obseruatio interuenit, mulier ab incesti crimine erit excusata.* Ecce hic mul et punitur duntaxat, ob incestũ iure gentium commissum; non etiam ob incestum iuris ciuilis; cum tamen masculus puniatur indistincte, siue incestus fuerit iuris gentium siue ciuilis. Ex quo colligitur, in pœnalibus & odiosis non eandem esse conditionem fœminarum & masculorum; ac proinde sub masculino sexu fœmininum non contineri,

4. Et quod non eadem esse debeat in pœnalibus masculorum & fœminarum conditio, ostendunt Impp. Arcadius & Honorius *in l 5. C. ad L. Iul. maiestatis* vbi ita sanciunt, *filios illorum, qui criminis læsæ maiestatis rei damnati fuerint, omni priuari successione & hereditate, non paterna solum sed etiam materna & auita, filias vero falcidiam habere ex bonis matris; quia mitius esse debeat circa eas sententia, quas pro infirmitate sexus minus ausuras esse confidimus.*

5. His additur hoc argumentum, quod in odiosis dispositionibus masculinum non concipiat fœmininum, cum odia restringi debeant, fauores vero ampliari *capit. odia de R. Iur. in sext.* Pœnales vero constitutiones & dispositiones sint odiosæ, *arg. l. fin. C. de probat. l. 18. C. de transact.* Igitur in illis masculino sexu fœmineus non comprehendatur, sed constitutio pœnalis de masculo, extendi non debeat ad fœminam.

6. Denique impuberes mitius esse puniendos, quam puberes, propter ingenii imbecillitatẽ, quam laborant expeditum esse videtur, & probat *l. 108. de R. I. & l. 37. ff. de minorib.* Atqui fœminæ eadem laborant imbecillitate iudicii qua impuberes, *l. 1. ff. ad SC. Velleian. pr. Inst. quib. alienare liceat vel non.* Idcirco & ipsæ mitius erunt puniendæ, quam masculi.

7. Pro hac denique sententia facit *l. 1. §. Accusationem. vers. Atquin Papinianus. ff. ad SC. Turpill. l. 4. eod.* nam mulier, si accusationem falsi instituit, quam non instituere ipsi licebat, vel si ab accusatione, sine abolitione destitit, in SCti Turpilliani pœnam non incidit, in quam tamen masculus incideret: atqui SC. erat verbo *si quis*, atq; in sexũ masculinũ conceptum.

Quocirca ex his statuendum est ꝙ constitutio pœnalis, de sexu masculino concepta, nõ cõplectatur sexũ fœmineum.

Verum-

Veruntamen pro contraria sententia quod sexus masculinus in statutis & constitutionibus pœnalibus complectatur etiam sexum fœmineum, facit *g. in l. 1. & in l. 195. ff. de verb. signif. l. 62. ff. de legat. 2.* generaliter & indistincte asseritur, masculinum sexum fœmineum continere, quodque *in d. l. 62.* Iulianus tradit SEMPER sexum masculinum etiam fœmininum complecti: quod si semper, igitur etiam in dispositionibus ac constitutionibus pœnalibus.

2. Accedit textus apertus *in l. 7. §. 1. ff. de iurisd. & t.* Cum enim Prætor edicto suo cauisset, vt si quis album Prætoris corrupisset, quingentorum aureorum pœna mulctaretur, ICtus Vlpianus verba ista Edicti *si quis* ita interpretatur, vt vtrumque sexum complecti voluerit Prætor: *sed & vtrumq; sexum prætor complexus est*, ait.

Nec moueor argumentis supra in contrarium adductis: nam ad primum respondери debet, etiamsi mulieres iudicii imbecilliate laborent; hanc tamen imbecillitatem in delictis non præsumi; vnde etiam iura mulieribus decipientibus non succurrunt, sed deceptis solum, *l. 2. versic. Et ita demum. l. si mulier. 23. & l. 30. ff. ad SC. Vellejan.* Et quanquam muliebre ingenium dicatur imbecille; est tamen astutia, versutia ac malitia plenissimum.

Ad *l. 6. ff. ad L. Iul. Peculatus*, respondetur, fœminis interdum mitiorem irrogari pœnam, si nempe liquido constet, illas imbecillitate muliebri magis, quam malitia diliquisse: atque in dubio id non præsumitur. Deinde etsi in arbitrariis pœnis, quæ legibus determinationem certam ac definitionem non habent, ratio sexus haberi & discrimen aliquod constitui possit, non tamen id locum habet, cum pœna in legibus certa generaliter, nullo discrimine sexus facto, proposita & delinquentibus decreta est. Et insuper, quanquam in quibusdam delictis alia pœna fœminis irrogari soleat quam maribus: non tamen exinde protenus inferre licet, quod generaliter in omnibus delictis mitior pœna sit fœminis irroganda, quam maribus.

Ad d. l. 38. ff. ad L. Iul. de adult. respondetur, idcirco mulierem non puniri, propter incestum iuris ciuilis, quia ille ex iuris ciuilis ignorantia committi intersit, iuris autem ex ignorantia quod facit mulier, excusationem meretur *l. 9 pr. ff. de iur. & fact. ignor.* Et hoc sensisse ac voluisse Papinianum *in d. l. 38. §. 2.* haud obscure indicat. *§. 4. eiusd. l. 38.* dum illic in hæc verba scribitur: *Fratres denique Imperatores Claudiæ crimen incesti propter ætatem remiserunt, sed distrahi coniunctionem illicitam iusserunt, cum alias adulterii crimen quod pubertate delinquitur non excusatur ætate*: nam & mulieres in iure errantes, incesti crimine non teneri, supra dictum est.

Ad *quartum* respondeo, quod dictum est, fœminas non puniri mitius, quam masculos ex eodem delictorum genere, id regulare est, excipiuntur casus quidam, quibus solet pœna leuior irrogari fœminis, quam masculis, cuiusmodi casus est *d. l. 6. ff. de pecul.* & alius extat *in d. l. 5. C. ad L. Iul. maiest.* In casibus igitur solum in iure expressis mitior venit pœna irroganda fœminæ, quam mari.

Deinde, sexus masculinus complectitur in pœnalibus fœmininum, nisi diuersa ratio sit fœminarum & masculorum, eaque diuersitas rationis suadeat alias & mitiores pœnas irrogari fœminis quam masculis *in d. l. 5.* esse diuersam rationem filiorum & filiarum, ipsi fatentur Imperatores in verbis supra recitatis: non enim paterni criminis exemplum in filiabus ita, vt in filiis metuitur.

Ad *quintum* respondetur, primo illam regulam, quod in odiosis non continet

tinet masculinus fœmineum sextũ, in iure fundatam non esse, *in d. l. 62. ff. de legat. 3. dicatur SEMPER masculinum sexum continere fœmininum.* Deinde pœnas non esse odiosas, sed admodum fauorabiles, vt quæ vtilitatem publicam concernant, hæc quippe suadet, delicta non manere impunita *l. 51. ff. ad L. Aquil.* & malis hominibus Remp. purgari. Et quanquam fortassis videri possent odiosæ, respectu delinquentium, quibus erogandæ veniunt, odium tamen istud saltem esset priuatum, cui bonum publicum & salus Reip. quæ in eo consistit, vt delicta puniantur & facinorosi coerceantur: merito præferretur, cum salus populi suprema lex esse debeat.

Ad sextum responsio expedita est: nam quod impuberibus regulariter non sit mitiganda pœna alibi à me demonstratum est.

Ad postremum respondet Gœdd. Ex *l. 5. C. ad SC. Turpillianum* constare, quod fœmina regulariter in pœnam SCti incidat, si desistat ab accusatione, non petita abolitione, verum mulieribus dupliciter solum ex causa succurri: Primo si temeritate consilii vel errore lapsæ tale crimen, quod propter sexus rationem accusare nõ potuerunt, intentauerint, ac tandem sine abolitione, errore deprehenso, litem omiserint; Secundo, si quidem accusare potuerint, sed statim, pœnitentia ductę destiterint, adeoque inconsultam iudicii lenitatem incontinenti purgarint.

Hinc igitur patet quod fœmina non eximatur propter sexum pœnæ *d. l. si quis in tantam.* Maxime cum etiam præfata constitutio in odium sexus virilis, sed ad delictum coercendum sit lata: Hoc autem delictum maius sit in fœmina invadente quam in masculo, quia illa inuadens, præterquam quod delinquit, quod ipsi cum aliis in valoribus est cõmune, facit etiã cõtra modestiã & pudicitiam sexui congruentem; magis igitur ex sententia legumlatoris delictum in ea coercendum.

Quæritur porro an ne remedium *d. l. si quis in tantum. Cod. vnde vi.* liberto contra patronum, liberis contra parentem detur?

Videbatur hoc quippe negandum quia hoc remedium etsi de vi reddatur non minus atque interdictum vnde vi, non tamen infamet: Et ideo ratio illa, ob quam in patronum & parentem denegatur liberis & liberto interdictum vnde vi *l. 1. §. 43. ff. de vi & vi armata*: cessat in remedio hoc *d. l. si quis in tantam.* Quæ. 65. *An remedium d. l. si quis contra parentem & patronũ detur.*

Veruntamen contraria sententia verior est. Tametsi enim non infamet hoc præsens remedium; pudorem tamen suggillat.

Iam vero patroni à libertis, parentes à liberis conueniri non possunt vlla actione, quæ iniuriæ, aut doli, aut vis habeat mentionem illorumque existimationem & honorem sugillet, propter honorem natura his debitum *l. parens & seqq. ff. de obsequiis parentibus patronis præstand.* Giphanius & Donellus *in d. l. si quis in tantam.*

Et quanquam *d. l. si quis.* generalis sit nec quicquam excipiat: Tamen in legibus interpretandis hæc perpetuo tenẽda est regula, quotiens vna aliqua lex de toto genere in vniuersum scripta est & alia lege species aliqua ex eo genere excipitur, semper generi per speciem derogari *l. in toto iure ff. de R. I.*

Nec illud ad rem quicquam pertinet quod *d. l. si quis.* constitutio posterior est illo iure de parentibus & patronis constituto: siquidem posteriores leges quantumuis generales, ad priores trahi & ex illis restringi & explicari debent.

Est insuper & aliud recuperandæ possessionis remedium à pontifice Romano introductum & ad exemplum Quæ. 66. *An remedium cap.*

XXXxx in-

dominus summa æquitate nititur cum à viro scelerato, qui sine controuersia rem restituere debuit suum recuperauerit *l. bona fides. ff. deposit.* vbi istam æquitatem probe considerauit Triphoninus.

Ad sextum argumentum hæc est responsio, illud laborare petitione principii dum præsupponit, quod dominus, à prædone manifesto rem suam recuperans prædo sit, spolium commiserit & propterea odio sit dignus; quod enim rem prædoni auferendo iure suo vtatur nullumque spolium committat, dilucidissime probatum existimo.

Ad postremum *in d. capit. porro. de diuort.* fundatum, respondeo illic dimissæ vxoris restitutionem fieri, quia maritus vxorem suam contra legis præceptum dimiserat: Nemo enim prætextu consanguinitatis potest vxorem suam dimittere *cap multorum. causa. 35. q. 6.* In hominis quippe potestate hæc non sunt, quæ animæ periculum respiciunt, nec iure diuino permittitur ex hac causa vxorem dimittere.

Quæ. 57. *An qui clam est ingressus possessionem conueniatur interdicto vnde vi?*

An is qui clam ingressus est possessionem interdicto *vnde vi* conueniri possit? quæstio est difficilis & Dd. concertatione nobilitata.

Ego cum Menochio verissimum esse arbitror quod interdictum vnde vi aduersus eum non detur.

Vt autem ita sentiam ac statuam, mouet me textus *l. 1. §. 1. ff. de vi & vi armat.* vbi ICtus ait: Hoc interdictum proponitur ei, qui vi deiectus est. Etenim fuit æquissimum, vi deiecto subuenire propter quod ad reciperandam possessionem interdictum hoc proponitur.

2. Cui textui hæc etiam ratio accedit quod id, quod spoliatus ante omnia restituitur, hæc contingat ob improbitatem ingredientis per vim alterius possessionem *l. si quis à se fundum. C. ad L. Iul. de vi.* At qui clam possessionem ingreditur, non potest dici vim commisisse & improbus ob id esse.

3. Adducit Menochius & hanc rationem quod contra eum, qui clam ingressus est possessionem rei suæ competit interdictum vti possidetis *l. 1. pr. & in fine. l. 3. pr. & l. vlt. ff. vti possidet.* quod interdictum est retinendæ possessionis *§. retinendæ. de interdict.* eoque casu dominii exceptio obiici potest *l. si duo. pr. ff. vti possidet.* Nam cum tu sis in possessione rei meæ, si clam ego eam ingrediar & tu contendas te esse in possessione, cum non desieris animo possidere & velis in naturali retineri, nec à me turbari, licet ergo clam videar possidere & propterea non possim eo interdicto vti; attamen cum me dominum ostendo ex titulo antiquo, non dicor proprie clam possidere; Vnde etiam restitutio ante omnia, hoc casu, non fiet.

4. Accedit & his ista ratio quod violentus possessor longe sit improbior clādestino *arg. si l. vendidero. §. Cum raptor. ff. de furt. & l. vis eius. Cod. de probat.* æquissimum igitur est acrius puniri violentum possessorem clandestino.

Non obstat huic sententiæ textus *in l. si coloni. C. de agricol. & censit.* Nam ille textus habet nouum aliquod remedium ab interdicto vnde vi plane distinctum & separatum, vt proinde argumentum ex hoc textu deductum, plane à separatis procedat.

Idem plane respondendum est ad textum *cap. reintegranda. caus. 3. q. 1.* Non etiam refragatur quod interdictum quod vi aut clam conceditur aduersus eum, qui clam aliquid agit *l. 1. denique. ff. quod vi aut clam.* Hoc autem interdictum fit restitutorium velitque eum, cuius possessio clam est occupata, quam primum restitui *l. vlt. pr. C. vnde vi.* Vnde colligitur quod aduersus eum, qui clam possessionem est ingressus, nō minus ante omnia restitutio fieri debeat, quam contra violentum inuasorem, siue occupatorem.

Ad

Ad hoc quippe argumentum respondetur, interdictum istud quod vi aut clam nequaquam esse natura sua restitutorium possessionis, sed solum operis facti, vt in pristinum restituantur omnia.

Non resistit præterea textus *in capit. cum quis. de restitut. spoliator.* vbi videntur à pari procedere qui clam & qui per vim est ingressus.

Ad hoc siquidem argumentum expedita est responsio quod in casu illius *cap.* actum non fuisse interdicto *vnde vi,* sed interdicto vti possidet. Deinde respondet Menochius hactenus solum æquiparationem fieri vt vnus atque alter viriosus possessor aduersus agentem criminis exceptione vti possit: At quonam iudicio agat actor ille, vt suam consequatur possessionem non determinari, sed in iuris dispositione relinqui.

Non resistit etiam textus *in l. is qui destinauit. ff. de Rei vindicat.* qui dum generaliter loquitur in quocunque possessorio, dat consilium vt agere volens prius agat possessorio, quia si obtinebit possessionem, cogetur aduersarius agere petitorio & dominium probare. Præsupponit igitur textus conuentum esse dominum, & dominium posse probare, & tamen negat obstare agenti possessorio dominii exceptionem, sed si vult obtinere petitorio agere debet.

Etenim respondet Menochius falsam omnino esse hanc argumẽtationẽ. etsi enim ICti sit cõsilium vt prius experiatur possessorio acturus petitorio: Nõ tamen concludit agenti possessorio, nũquam posse obiici dominii exceptionẽ Igitur hoc solum ICtus sentit, agere volentem petitorio, prius tentare debere vt consequatur possessionem; quo autẽ modo id facere debeat, non asserit, sed præsupponit terminos habiles vt scilicet consequatur quo potuerit remedio: Non ergo negat agenti possessorio interdum dominii exceptionem obiici, & sic dominum, qui clam ingressus est possessionem rei suæ, interdicto agentem repellere posse.

Datur porro interdictum vnde vi ei, qui de possessione sua vi deiectus est. Vim hic non compulsiuam intelligi, sed expulsiuam intelligi, supra ostensum est, & monet hic Author noster. Id quod & iam rationem videtur habere manifestam: Nam qui compulsus possessionẽ suam tradit, sua voluntate intelligitur deiectus, cum voluntas coacta etiam sit voluntas *l. 21. ff. quod met. caus.* Quocirca hoc casu agitur actione quod met. causa. *Lit. D.*

Et datur aduersus eum qui deiecit, vel qui deiici mandauit, aut qui ratum habuit. *L. 1. §. 12. l. 4. hoc tit. l. 52. ff. de Regulis Iuris.* *Lit. E.*

Sed nunquid hæredi & cæteris successoribus datur?

Et quidem indubitati iuris esse arbitror heredibus eius, qui vi deiectus est, hoc interdictum competere: Sic enim *in l. 1. § 44 ff. de vi & vi armata* Vlpianus ait; *Hoc interdictum & heredi & cæteris successoribus competit.* Tametsi enim hoc interdictum pœnale sit respectu eius contra quem redditur, ex parte tamen deiecti rei persecutionem continet: Actiones autem rei persecutoriæ ad heredes solent transire.

Sed nunquid heredibus datur etiam antequam ipsi possessionem corporaliter apprehenderint?

Verior est negantium sententia; Hoc siquidem interdictum vnde vi est de recuperanda possessione, vnde non potest alii competere nisi ei, qui prius possessionem habuit: Heredes autem ante corporalem apprehensionem non habent possessionem rerum hereditariarũ quæ defuncti fuerunt; per textum *in L. 23. ff. de acq. possess.* vnde etiam nõ possunt

TTTtt 3 interdicto

interdicto vnde vi, de possessione illarum rerum recuperanda agere.

Dissentientium vero argumenta hæc potissimum sunt.

1. Adducunt *l. 1. C. quor. bonorum.* vbi interdictum quorum bonorum datur filio etiam ante apprehensam rerum hereditatiarum possessionem. Idem ergo de interdicto vnde vi afferendum.

2. Ex *capit. Contingit. extr. de dolo & contumacia.* probatur possessionem illam dici veram, quæ sine apprehensione acquiritur, quapropter heredes quoque licet realiter possessionem non apprehenderint, veram tamen possessionem habere intelligentur, in se à defuncto continuatam.

3. Quia quod ex Iuris communis dispositione possessio defuncti in heredem ipso iure continuetur, probat *l. Cum miles. Digest. ex quibus cauf. maior. l. cæptam. Digest de vsucap.* Cui consequens est quod heredes etiam ante possessionis naturalem apprehensionem interdicto hoc recuperandæ possessionis recte experiatur.

Sed hęc argumenta exigui sunt ponderis & leuiora quam vt priorem sententiam euertere valeant.

Quod enim primo loco de interdicto quorum bonorum adfertur, illud ad rē facere non videtur: Est enim interdictū quorum bonorum adipiscendę possessionis, & ideo etiam illis datur quibus nunquam possessio acquisita fuit: Interdictum vero vnde vi est recuperandæ possessionis & ideo illi soli datur qui possessionem prius habuit: Recuperamus siquidem, quæ, nunc amissa, prius habuimus: adipiscimur vero ea, quæ prius non habuimus.

Ad *caput. contingit.* respondet Menoch. ibi sermonem esse de possessione actori adiudicata, qui elapso deinde anno in rei contumaciam verus efficiatur possessor quia contumacis patientia loco traditionis sit. Ad Tertium & vltimum respondeo falsum esse quod ipso iure possessio in heredes transeat; cum id perspicue refellat textus *in d. l. 23. Digest. de acq. poss.* Nec contrarium probat *d. l. cum miles:* Nam ibi per possessionem ipsa res, siue prædium intelligitur.

Equidem si statuto alicuius loci cautū sit vt possessio in heredes statim post aditionem hereditatis sine corporale apprehensione, ipso iure acquiratur, dubitandum non est quin ad heredes quoque interdictum vnde vi transeat.

Hoc interdictū vnde vi an in successoré transeat? dubio non caret: Et primo de successore vniuersali, hoc est, herede quæritur. *Quæ. 58. An interdictum vnde vi in successorem, præsertim singularem transeat?*

Videtur autem prima fronte hoc negandum; idque ex hac vrgentissima ratione quod ex delictis defunctorum heredes non conueniantur *l. vnic. Cod. Ex delicto defuncti.*

Sed hac ratione non obstante, contrarium decisum & responsum est *in l. 1. §. vltim. l. 3. §. 1. l. 9. Digest. de vi & vi armata.* Quibus in locis diserte sancitur heredes defuncti spoliatoris hoc interdicto conueniri.

Et merito hoc ita constitutum est: Tametsi enim verissima sit ista regula iuris quod ex delicto defuncti heres non conueniatur; ea tamen hanc restrictionem & exceptionem patitur; Nisi heredes aliquid ex delicto defuncti possideant: Tunc enim illos, quatenus ad ipsos peruenit, conueniri multis ac prope infinitis in locis iuris nostri est scriptum. *l. 16 § 2. Digest. quod met. cauf. l. 26. l. 28. ff de dolo malo. l. 1. §. final. Digest. ne vis fiat. l. 3. §. fin. ff. si mensor fals. mod. dixer.*

Et ita quoque interdictum vnde vi in heredes spoliantis in id solum, quod ex spolio possident, dari, author est Vlpianus *in l. 1. §. fin. l. 3. pr. & l. 9. ff. de vi & vi armata.*

De

De successore singulari maior est dubitatio: Et quod is non possit conueniri hoc interdicto vnde vi sequentibus rationibus euinci videtur.

1. Personales actiones non transeunt in heredes, nec rem sequuntur, sed personam *l. 1. § si heres percepto fundo. Digest. ad Trebell. l. fin. § fin. Digest. de contra hend. empt. l. heres. Cod. de reuoc. donat.* Item vero interdictum vnde vi personale est *l. 1. §. pen. Digest. de interdict. §. final. Instit. eod.*

2. Et quod interdictum vnde vi non detur in singularem successorem probat textus *in l. cum à te. ff. de vi & vi armata. c. cum ad sedem extr. de restit. spoliat.*

Pro contraria opinione, quod videlicet interdictum vnde vi competat in successorem singularem hisce sequentibus rationibus confirmatur.

1. In *cap. sæpe, extr. de restitut. spoliator.* Spoliatus possessione non tantum contra spoliantem agit, sed etiam ab eo, qui sciens à spoliatore rem recipit restitutionem petit; cum succedat in vitium.

2. Accedit huic quod vitium violentiæ transeat cum re in successorem quemcunque *l. vitia. Cod. de acquir. possess.*

3. Idem probari videtur *l. Item si eum §. Aliquando. 5. Digest quod met. causa.* quo in loco expresse dicitur, eum, qui bona fide ab eo, qui vim intulit, comparauit, teneri.

Sed priori sententiæ videtur omnino subscribendum, non obstantibus proxime adductis fundamentis.

Quod enim ad *d. cap. sæpe.* respondent nonnulli eum textum loqui de alio, quã interdicti vnde vi remedio; hoc igitur, etsi in singulares successores transeat, non tamen idem in interdicto vnde vi obtinere. Hoc declarando, ait Corasius, per interdictum vnde vi à lege ciuili prouisum fuisse contra spoliantem mandantem & ratum habentem: Verũ quia non multum interfit, vtrum scienter detineas, an in vadas alienum, constituisse Innocentium Tertium in concilio generali, si quis rem eiusmodi emerit, aut alio titulo singulari scienter receperit, cum succedat in vitium; vt restitutioni debeet esse obstrictus.

Sed tamen hæc interpretatio ipsi displicet Corasio, & post eum Iacobo Cuiacio qui statuerunt *in d. cap. sæpe.* de interdicto vnde vi tractari, vt id, quod à lege ciuili strictis regulis concludebatur per ius pontificium ad singularem successorem, scienter in vitium succedentẽ summa ratione fuerit extensum.

Huic autem interpretationi ait Corasius non obstare quod vulgo dici solet, quod non reperitur mutatum illud stare non prohibetur *l. sancimus. C. de testam. l. prospeximus. Cod. de appellat.* item quod correctiones legum vitare oporteat *cap. cum expediat. de elect. in sext.*

Hoc enim obtinet cum in dubiis sumus: In proposito autem in re clara & manifesta versamur; Cum textus *cap. sæpe.* expresse dicat, *non obstante iuris ciuilis rigore.* quæ verba perspicue legis ciuilis correctionem inducunt.

Ad *l. vitia Cod. de acquir. possess.* respõdet Corasius & Menochius, regulam ibi propositam procedere dũtaxat quoad vsucapionem & præscriptionem impediendam.

Donellus vero eam de successore vniuersali interpretatur, quem constat non modo incommoda defuncti, sed etiam in incommoda, non modo in virtutes, sed etiam in vitia eius; successorẽ vero defuncti singularem, quia personam defuncti non repræsentat, in vitia illius non succedere.

Ad Tertium respondetur *d. l. 14. §. aliquando ff. quod met. caus.* de eo intelligẽdam esse casu, quo is, qui vim fecit, non est soluendo: Tunc enim, ne metus,

tus, quem passus sum, mihi captiosus sit, in subsidium etiam bonæ fidei successorem singularem teneri.

Hæc igitur est Corasii & Iacobi Menochii sententia, iure quidem ciuili Cæsareo in particularem successorem spoliantis interdictum vnde vi non dari regulariter; At in subsidium, cum scilicet ipse spoliator soluendo non est dari illud interdictum in quemcunque eius particularem successorem, siue bonæ fidei successor fuerit, siue malæ fidei. Id quod ratione hac niti ait Corasius quod æquum non sit vim alienam mihi esse damnosam, quemadmodum etiam in actione quod metus causa dicatur, quæ contra singularem successorem, etiam bonæ fidei datur *d. l. Et si cum.* 14. §. *aliquando. ff. quod met. causa.* in subsidium tamen, expulsore scilicet non existéte soluendo; quem sensum ex *fine istius* §. *aliquando.* colligit Corasius, dum illic ratio assignatur, *ne metus quem passus sum, mihi captiosus sit*, è quibus verbis paret textum loqui de eo casu, quo expulsor non est soluendo, quia si soluendo esset, contra eum agi posset, nec motus illi captiosus foret.

Deinceps ait Corasius Iuri ciuili per ius Canonicum hactenus derogatum fuisse vt in malæ fidei successorem, siue, quod idem est, in eum, qui sciens rem à spoliatore acceperit, etsi soluendo sit spoliator, agi queat *d. cap. sæpe. extr. de restit. spoliator.* cum iure ciuili non nisi in subsidium hoc interdictum competierit.

Cæterum ego quoad posterius hoc Corasio facile assentior, quamuis quo ad prius ei subscribere nequeam; quoniam exceptio ista de interdicto vnde vi in subsidium aduersus successorem singularē dando, in iure ciuili non videtur satis esse fundata: Nam quod ad *d. l.* 14. §. *aliquando.* attinet, loquitur illa expresse de actione quod metus causa, quæ ab interdicto vnde vi est diuersissima: Tum quia actio quod metus causa est de vi compulsiua, interdictum vero vnde vi est de vi expulsiua: Tum quia illa actio est in rem scripta *d. l.* 14. & propterea etiam in singularem successorem datur; Interdictum autem vnde vi personale est, & ideo in successorem singularem competere non potest.

Et hoc ipsum etiam textu *cap. Cum ad sedem.* 15. *extr. de restitut. spoliator.* aperte probatur, dum illic dicitur quod aduersus eum, qui nec ipse spoliauit, nec spoliare mandauit, nec spoliationem, ab alio factam, ratam habuit, interdictum vnde vi nullatenus competat.

Concludendum igitur existimo iure ciuili interdictum vnde vi contra singularem successorem, ne quidem in subsidium, dari: Iure autem Canonico contra eum duntaxat singularem successorem illud interdictum competere, qui sciens rem à spoliatore accepit.

Sed quidnam de eo casu dicendum, quo quis immediate, deiecto possessore, ab eo qui vim fecit, possessionem vacantem accipit eamque ingreditur? Anne & is interdicto vnde vi tenebitur?

Affirmat Iacobus Menochius *d. remed.* 7. *recuper. poss ff. n.* 153. Donellus *ad l. vltim. C. vnde vi.*

Et pro ea assertione videtur etiam non parum facere *l.* 4. §. 22. *ff. de vsucap.* quo in loco Paulus ita scribit: *Si tu me vi expularis de fundi possessione, nec adprehenderis possessionem, sed Titius in vacuam possessionem intrauerit, potest longo tempore capi res, quamuis enim interdictum vnde vi locum habeat, quia verum est vi me deiectum; non tamen verum est & vi possessum.* Ecce hic aperte dicitur quod aduersus eum, qui ingressus est vacantem possessionem, qua alius vi deiectus erat, dari interdictum vnde vi.

Idem confirmat textus *in l. vltim. Cod. vnde vi*

vnde vi. Cuius verba hæc sunt: *Cum quæreretur inter Illyricianam aduocationẽ quid fieri oporteret propter eos, qui vacuam possessionem absentium sine iudiciali sententia detinuerunt, quia veteres leges nec vnde vi interdictum, nec quod vi aut clam, vel aliam quandam actionem ad recipiendam talem possessionem definiebant, violentia in ablatam possessionem minime præcedente, nisi domino tantummodo in rem actionem exercere permittentes: Nos non concedentes aliquem alienas res vel possessiones per suam auctoritatem vsurpare sancimus talem possessorem vt prædonem intelligi & generali iurisdictione ea teneri, quæ pro restituenda possessione contra huiusmodi personas veteribus declarata sunt legibus.*

His quoque verbis perspicue ostenditur quod interdictum vnde vi in eum qui vacuam possessionem à spoliatore accepit, reddantur.

Sed huic sententiæ aduersari videtur textus *in l. inuasor. 5. C. vnde vi.* ibi constantinus Imperator hæc in verba rescribit: Invasor locorum pœna teneatur legitima, si tamen vi loca eadem inuasisse cõstiterit: Nam per errorem aut incuriam domini loca ab aliis possessa sunt, sine pœna possessio restitui debet.

Donellus *in d. l. vltim. n. vltim.* statuit hanc *l. inuasor 5.* correctum & emendatã esse *per d. l. vltim.* cum constet eam *l. vltim.* esse correctoriam & *d. l. 5.* recentiorem, vti ex subscriptione eius pateścat.

Sed Huberto Giphanio hæc responsio Donelli displicet, propterea quod vtraque lex de diuerso loquatur casu: In *d. l. vltim.* sermo fit de eo qui rem de cuius possessione dominus erat deiectus, ipse occupauit possessionem que ingressus fuit: In *d. l. 5.* de eo instituta sit oratio, qui non ipse sumpsit possessionem sed cui ex iusto præcedente titulo, emptionis videlicet, aut permutationis aut donationis, aut consimile aliquo, possessionem ab ipso deiiciente accepit.

Et profecto ita sese rem habere, verba vtriusque legis clare ostendunt proinde non dubito quin Authoris nostri assertio falsa sit, nec regulæ illius quod interdictum vnde vi in singularem successorem non detur, exceptio fundetur in casu *d. l. vltim.* vt quæ de successore singulari spoliatoris non loquatur.

Non magis eandem exceptionem *in d. l. 4. §. 22. ff. de vsucap.* fundamentum habere arbitror, quia in ea expresse negatur eum, qui rem à deiiciente accepit vi possidere: Atqui interdictum vnde vi contra neminem datur, nisi vi alium deiecerit.

Vnde etiã interdictum vnde vi, ꝙ illic cpõetere dicitur, non in successorẽ sed in ipsum deiicientem reddi, intelligendum est; idque propter *d. l. vltim.* in qua disertis verbis ostenditur, veteribus legibus interdictum vnde vi non competiisse in eum, qui vacuam possessionem rei alterius sponte fuerit ingressus; Cui certe consequẽs est quod multo minus in eos iure veteri competierit interdictum vnde vi, qui ipsi sponte non occuparint possessionem, sed eam ex iusta causa ab alio acceperint, cum hi illo sint longe fauorabiliores.

Interdicti huius vis & effectus hic est, vt deiectus & spoliatus ante omnia restituatur *capit. Nullus. caus. 2. q. 2. & cap. 1. 2. & tot. tit. extr. de restitut. spoliat. l. 14. C. de agric. & censit.* *Lit. F. & G.*

Id quod in tantum verum est vt etiam spoliato non sit audiendus priusquam restituat spolium per textum *in capit. fin. extr. de ordine cognit.* vbi hæc in verba pontifex Gregorius scribit: *Super spoliatione conuentus aduersus se restitutionem petentem, non est nisi super quæstione spoliationis, si eum reconueniat, audiendus: Cum restitutionis petitio in hoc priuilegiata censeatur, vt ipsam intentãs non cogatur ante restitutionem*

Quin etiam consensisse tacite intelligitur spoliatus, quando exceptioni proprietatis replicationem non opposuit; sed super ea exceptione cognoscere est passus: Et hoc ideo quia exceptio per replicationem elidenda est, quod, nisi fiat, vires & effectum sortietur exceptio *pr. l. de replic. l. 2. §. 1. ff. de except.*

Verum de hac assertione non iniuria quis dubitare posset; quandoquidem in *dict. cap final. extr. de ordine cognit.* dicitur non esse audiendum spoliatorem nisi restitutione facta: Et *in d. l. 1. Cod. si per vim. & l. Cod. ad L. Iul. de vi.* asseritur, sine vlla cunctatione & protenus faciendam esse restitutione. At hoc non fieret, si exceptione proprietatis opposita, nec ea per replicationem elisa, cognitione super ista exceptione susciperetur. Nec sane spoliatus ad oppositam exceptionem tacens, sui in præiudicium consentire intelligetur.

Nec ad rem facit quod exceptio per replicationem sit elidenda: Hoc enim tunc falsum est, quando friuole & nulliter opposita est exceptio, vt hoc loco: Nam tunc, vtpote ipso iure nulla non indiget vlla elisione.

Sed quid dicendum si aliquis rei suæ possessorem clam deiecerit, atque hoc interdicto vnde vi conueniatur, poterit ne agenti & spoliato exceptionem proprietatis opponere? Quam quæstionem supra quoque nonnihil attigi.

Quæst. 60 An Clandestinus possessor agenti interdicto vnde vi possit dominii exceptionem opponere? Affirmat noster Author, sed eo casu, quo is, qui clam spoliatus est possessione non agit immediate, sed prius ad suam possessionem reuerti conatus, à domino vi repulsus fuit; Nam si agit immediate, non potest vti interdicto vnde vi, eum ab eo, qui clam possessionem occupauit, non possit dici vi deiectus.

Veruntamen rationem plane non video quare clandestinus spoliator possit exceptionem proprietatis opponere agenti interdicto vnde vi, cū eius interdicti effectus & vis sit vt ante omnia restitu d beat spoliatus; nec prius spoliator audiri debeat, vt paulo supra ostendimus.

Vsufructuarium porro interdictum vti possiderit habere certum est, quandoquidem de eo expressi extant textus *in l. 3. §. 13. & seqq. ff de vi & vi armata.* Quæst. 61. An vsufructuario detur vtile interdictum vnde vi?

Illud vero dubium & controuersum est, anne directum, an vero vtile interdictum illi competat? Iason *in l. 12. pr n. 9.* statuit vtile saltem interdictum vnde vi vsufructuario deiecto dari: Rationes illius hæ sunt.

1. Quia illud non est directum interdictum, ed vtile quod alicui non ratione veræ ac propriæ, sed ratione impropriæ & quasi possessionis datur: Cū vera possessio, directum, quasi-possessio vtile pariat interdictum. Iam vero vsufructuario datur interdictum vnde vi, non ratione veræ ac propriæ suæ possessionis, sed ratione quasi possessionis iuris sui vsusfructus. Et hoc probare videtur *l. 3. §. penult. ff. de vi & vi armata*: vbi dicitur *qui vsufructus nomine qualiter qualiter fuit quasi in possessione, vtetur hoc interdicto.*

2. Item probare conatur hac ratione Quod interdictū vsufructuario per extensionem conceditur, illud non potest dici directum interdictum, cum illud demum dicatur directum quod recta ex verbis edict descendit, non quod per interpretationem vel extensionem ex edicto deducitur. Iam vero quod interdictū vnde vi vsufructuario per extensionem & benignam interpretationem concedi, probare videtur ex *d. l. 3. §. pertinet. ff de vi & vi armata.* vbi dicitur interdictum hoc ad vsufructuarium *pertinere*, sicque per extensionem.

Sed hisce rationibus non obstantibus, dicendū videtur ꝙ vsufructuario interdictum vnde vi directum competat.

 1. Quia

1. Quia fructuarius ex veriore & crebriore Dd. sententia vere naturaliter possidet *l. Naturaliter. pr. ff. de acqu. possess.*

2. Quia ex verbis ipsis, non vero ex interpretatione & extensione interdicti vsufructuario conceditur interdictum vnde vi, vt probant *d. l. 13. §. 13. & seqq.*

Nec est quod quis multum moueatur quod vsufructuarius dicitur quasi possidere: Nam hoc non ratione rei fructuariæ, sed ratione iuris sui accipiendum est: Rem fructuariam vere ac proprie possidet: ius vero suũ possidet improprie. Iã vero interdictum vnde vi cõpetit vsufructuario nõ tã ratione vsusfructus & iuris sui, quam ratione rei fructuariæ, de cuius possessione ipse deiectus fuit.

Ad secundum argumentum respondetur, ex eo quod dicitur interdictũ hoc ad vsufructuarium pertinere, non esse colligendum quod vtile solum & non directum interdictum vsufructuario detur, cum potius inde contrarium colligatur quod directum interdictum habeat vsufructuarius, nec illud per interpretionem solum & extensionem, sed potius directo ex verbis eius edicti ei competat.

Lit. I. Quæst, 62. *An Emphyteutæ vtile interdictũ detur eo casu quo fundus ob non solutum canonem in commissum cecidit?* De emphyteuta, si fortassis ipsum de fundo emphyteutico deiici & expelli contigerit, quæritur vtrumne habeat hoc interdictum vti possideris?

Et quidem quod directum habeat, non vero vtile solum, probari videtur textu *l. 15. ff. qui satisd. cogunt.* Nam illic expresse dicitur, eum qui vectigalem id est emphyteuticum habuerit agrum possidere: Quocirca si de possessione deiectus fuerit, indubitate vti possidetis interdictum habebit.

Sed nunquid & tunc hoc interdictum habet, quando ob non solutum canonẽ emphyteusi cecidit & à domino, vel alio etiam possessione deiectus fuit?

Quæstio in eo solum consistit, anne emphyteuta ob non solutum canonem ipso iure emphyteusin amittat & è fundo feudali licite expelli queat? An vero hoc iudicis & magistratus authoritate fieri debeat?

Et quidem *in l. 2. C. de iure emphyteutico.* sancitur, si intra triennium canonem non soluerit emphyteuta domino, tunc dominus à prædiis emphyteutam repellere quod possit.

Idemque de locatore asseritur quod conductorem possit expellere si propriis vsibus domo locata dominus opus habeat.

Sed contraria sententia mihi semper visa fuit esse verior: Siquidem iure nostro expresse cautum est neminem debere sibi ipsi ius dicere *l. 14. Cod. de iudeis*, sed si quis se petitiones quasdam habere putet, legibus experiri eum oportere *l. extat. ff. quod met. causa.*

Quod igitur in adductis constitutionib. dicitur emphyteutã posse à domino, ꝓpter nõ solutũ canonẽ expelli & repelli, id ita necessario intelligendũ est, vt ad iuris intellectum referatur, & sic non corporalem delectionem significet, sed legitimam expulsionem, quæ fiat ministerio iuris atque per iuris remedia, hoc est per cõpetentes actiones & sic authoritate atque opera magistratus.

Datur deniq; & vasallo interdictum vnde vi, si defuncto feudali vi deiectus fuerit. Et hoc quidem dubium penitus nullum habet, cum satis constet quod vasallus prædii feudalis sit possessor & vtilis dominus *tit. 7. in fine & tit. sequent.* 8. *lib. 2. feud.* sed anne contra dominum hoc interdictum vasallo concedatur, perquam est ambiguum? *Lit. K.* Quæst, 63: *An interdictum vnde vi detur vasallo in dominum feudi?*

Negatiuã sententiã defendunt Zasius *in epitom. feudal. part. 11 n. 24.* Rittershus. *in paratit. feudal. lib. lib. 2. cap. 1. q. 7.* Menoch. *remed. 1. de recuper. possess. remed. 1. n. 95.* Rosenthal. *in tractat. feudal. cap. 10. conclus. 23. num. 1. & 5.* Forner. *de feud. cap. 16. num. 3.*

Et

Et pro hac sententia facit quod liberto aduersus patronum hoc interdictum denegatur, eam ob causam, quod existimationem eius, aduersus quem dirigitur grauet & atrocitatem facinoris in se contineat *l.1.§. interdictum 43.ff.de vi & vi armat.* ob paritatem igitur rationis idem videtur de vasallo dicendum, quod scilicet dominum suum non possit conuenire interdicto vnde vi, ne existimationem eius grauet contra fidelitatis iuramentum *tit.5.& tit.6.lib.2.Feud.*

Huic sententiæ non refragatur quod dominus feudi à vasallo interdicto vnde vi conuentus non possit conqueri debitum sibi honorem à vasallo non exhiberi, propterea quod facinoris reus agatur. Cum enim dominus vasallum non habet vt vasallum, vasallus non compellitur dominum habere, vt dominum, *c. esto subiectus.distinct.95.*

Etenim si quid hoc argumentum ad propositum concluderet, efficeret quoque licitum esse patronum interdicto vnde vi, aut alia famosa quapiam actione conuenire, quod tamen expressis textibus iuris ciuilis prohibitum est *l.10.§.12. ff.de in ius voc.*

Quare sicut patronus, etiamsi libertum suum non hab.. erit vt libertum, nihilo ramen minus habendus est vt patronus propter reuerentiam ipsi à liberto debitam. Ita quoque propter eandem rationem vasallus, etiamsi à domino non fuerit habitus vt vasallus, tamen suum dominum habere debet, vt dominum. Deinde propositum argumentum procedit cum patroni & domini aduersus vasallum detecta est iniquitas & iniustitia; ad eam vero detegandam non est exercenda actio quæ famam domini suggillat.

Non refragtur etiam quod cum vasallus ex tali causa agere possit contra dominum ad priuationem proprietatis, quia & iure ciuili quis amittat dominium rei suæ, quam alteri per vim eripit *§.1.l.de vi bonor.raptor.* non debeat ipsi denegari quod minus est nempe interdictum recuperandæ possessionis vnde vi, cum permittatur ei, quod plus est, nempe actio ad priuationem dominii.

Nam committitur elenchus comparatorum: Siquidem non minus, sed plus est, interdicto recuperandæ possessionis vnde vi, cum permittatur ei quod plus est, nempe actio ad priuationem dominii.

Hoc, inquam, non obstat: Committitur enim elenchus comparatorum: Siquidem non minus, sed plus est, interdicto recuperandæ possessionis aduersus dominum experiri, quam aduersus eundem ad priuationem proprietatis agere; cum posterius hoc saltem re priuet dominum: Illud vero honorem & existimationem eius lædat, & famam quæ nullis cum bonis comparari potest, suggillet.

Firmiter proinde statuendum est, interdictum vnde vi non competere vasallo contra seniorem.

RESOLVTIO THESIS *Sexta.*

PRopter summum odium violentæ possessionum occupationis, non solum hoc interdictum vnde vi, de quo hactenus actum fuit, contra spoliatores datur, sed etiam alia contra eosdem prodita sunt remedia.

Possunt quippe criminaliter etiam ex lege Iulia de vi publica & priuata agi vt ostendunt *tit.ff.& Cod.ad Legem Iulia de vi publica & priuata.*

In huius vero actionis criminalis & publicæ locum nouissimis Imperii constitutionibus surrogata est actio ex constitut. de pace publica, ex qua ii, qui alios per vim armatam coactis & coadunatis hominibus dolo malo possessione de-

 iiciunt,

iiciunt, incidunt in pœnam violatæ pacis quæ est bannum imperii, hoc est, proscriptio vitæ ac fortunarum. Constitutio ista extat *in recess. comit. August.* de anno 1548. von erneuwertem Landtfrieden *sub tit.* die Pœn. Friedbrecher.

Quin etiam præter alia, à Menochio de recuperanda possessione proposita. Proditum quoque est de recuperanda possessione remedium legis *si quis in tantam. Cod. vnde vi.* vbi ita Imperatores sanciunt: *Si quis in tantam furoris peruenerit audaciam vt possessionem rerum apud fiscum vel apud homines quoslibet constitutarum ante aduentum iudicialis arbitrii violenter inuaserit, dominus quidem constitutus possessionem, quam abstulit, restituat possessori & dominium eiusdem rei amittat, si vero alienarum rerum possessionem inuasit: Non solum eam possidentibus reddat, verum etiam æstimationem earundem rerum restituere compellatur.* Quam constitutionem repetit & confirmat Iustinianus *in §. 1. I. de vi bonor. raptor.*

Summa autem eius hæc est, quod si quis rem ab alio possessam, per vim possidenti abstulerit, tum siquidem dominus fuerit rei ablatæ, eam restituat domino & rei dominio cadat. Sin vero dominus non sit, tum prætor rem ipsam æstimationem quoque præstare teneatur.

Etsi vero Sarmientus in loco ab authore allegato remedium *d. l. si quis in tantam.* existimet hodie plerisque in locis in desuetudinem abisse, id tamen non probat; proinde ipsi marito vulgaris illa iuris regula opponitur, quod mutatum non reperitur, stare non prohibetur *l. præcipimus. C. de appellat. l. Sancimus. Cod. de testament.*

Lit. C. Quæ. 46. *An remediũ d. l. si quis in tantam. detur in fœminas?*

An contra fœminas res suas aut alienas possessori vi surripientes competat remedium huius constitutionis *si quis in tantam.* quæstio est non ita expedita?

Dicendum videbatur non habere præfatam constitutionem in fœminis locum, quia loquitur expresse de illis qui iuris errore & ignorantia rapinam commiserint, putantes cuiuis domino fas esse rem suam propria authoritate vindicare, eandemque auferre: mulier autem excusetur ignorantia iuris, sic vt ei non noceat *l. 9. pr. ff. de iur. & fact. ignor.*

Verum hac ratione non obstante Menochius *9. remed. recuper. poss. n. 9.* statuit, prædictam Iustiniani constitutionem locum quoque in fœminis habere ita vt si fœmina per vim rapuerit rem suam, aut quam suam esse opinatur, perdat dominium rei suæ, remq; alienã, vna cum precio siue æstimatione eius præstare cogatur.

Nam constitutio ista verbo generali *si quis* (quod tam fœminas quam masculos complecti dicitur) concepta est: proinde ad fœminas quoque porrigi debet.

Nec obstat ratio supra in contrarium adducta: nam quod dicitur fœmina excusari ignorantia iuris, id non perpetuum esse, ipse Paulus *in l. 9. pr. ff. de iur. & fact. ignor* ingenue fatetur dum ita scribit: *Regula est iuris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere. Videamus igitur in quibus speciebus locum habere possit: Ante præmisso quod minoribus viginti quinque annis ius ignorare permissum est quod & in fœminis in quibusdam causis propter sexus infirmitatem dicitur: Et ideo sic vbi non est delictum, sed iuris ignorantia, non læduntur.*

Et quod axioma istud *iuris ignorantiam fœminis non nocere*, perpetuum non sit, sed in casibus duntaxat in iure expressis procedat, docet Imperator *in l. fin. C. de iur. & fact. ignor.* ita scribens: *Ne passim liceat mulieribus omnes suos contractus retractare in his, quæ prætermiserint vel ignorauerint; statuimus, si per ignorantiam iuris damnum aliquod circa ius vel substantiam suam patiantur, in his tantum casibus in quibus præteritarum legum auctoritas eis suffragatur.*

tur, subueniri. Quin & illud obseruandum est quod hoc in loco agatur de delicto & quidem delicto grauissimo violentiæ; etsi igitur fœminæ error, siue ignorantia iuris alias non noceat; hoc tamen in loco ei non patrocinabitur; siquidem in delictis in faciendo consistentibus, quale hoc præsens est delictum, error, siue ignorantia neminem à pœna excusat. Donell. ad *d. l. si quis in tantam.*

Sic etiam quod ad secundum argumentum attinet, res adhuc valde dubia est, anne in delictis melior debeat esse conditio fœminarnm, quam masculorum, proinde vt quidnam de hoc argumento haberi debeat constare possit, paucis istam quæstionem percurremus.

Pro negatiua autem opinione facit primo quod fœminæ mitius puniri debeant quam mares ex eodem genere delicti: siquidem æquissimum est eum qui minus peccat, minus etiam puniri, quam eum quis grauius peccat. Atqui mulieres in eodem delicti genere minus peccare, quam masculos, hac ratione euincitur, quod cum iudicii imbecillitate laborent, non iam ex malitia, quã ex lubricitate iudicii delinquere videantur. 2. Et ꝙ clementius puniendæ sint fœminæ, quam mares, probat *l. 6. pr. ff. ff ad l Iul. peculat.* dum ibi in hæc verba scr.bit Vlp. *Sacrilegii pœnam debebit proconsul pro qualitate personæ, proque rei conditione & temporis, & ætatis & sexus, vel clementius vel seuerius statuere.*

3. Et *in L.38 §.2. ff. ad L. Iul. de addult. Tunc demum eam pœnam, quam mares sustinebit, cum incestum iure gentium prohibitum admiserit; nam si sola iuris obseruatio interueniet, mulier ab incesti crimine erit excusata.* Ecce hic mul er punitur duntaxar, ob incestũ iure gentium commissum; non etiam ob incestum iuris ciuilis; cum tamen masculus puniatur indistincte, siue incestus fuerit iuris gentium siue ciuilis. Ex quo colligitur, in pœnalibus & odiosis non eandem esse conditionem fœminarum & masculorum; ac proinde sub masculino sexu fœmininum non contineri,

4. Et quod non eadem esse debeat in pœnalibus masculorum & fœminarum conditio, ostendunt Impp. Arcadius & Honorius *in l 5. C. ad L. Iul. maiestatis.* vbi ita sanc unt, *filios illorum, qui criminis læsæ maiestatis rei damnati fuerint, omni priuari successione & hereditate, non paterna solum sed etiam materna & auita, filias vero falcidiam habere ex bonis matris; quia mitius esse debeat circa eas sententia, quas pro infirmitate sexus minus ausuras esse confidimus.*

5. His additur hoc argumentum, quod in odiosis dispositionibus masculinum non concipiat fœmininum, cum odia restringi debeant, fauores vero ampliari *capit. odia de R. Iur. in sext.* Pœnales vero constitutiones & dispositiones sint odiosæ, *arg. l. fin. C. de probat. l. 18. C. de transact.* Igitur in illis masculino sexu fœmineus non comprehendatur, sed constitutio pœnalis de masculo, extendi non debeat ad fœminam.

6. Denique impuberes mitius esse puniendos, quam puberes, propter ingenii imbecillitatẽ, quam labo ant expeditum esse videtur, & probat *l. 108. de R. I. & l. 37. ff. de minorib.* Atqui fœminæ eadem labo- .at imbecillitate iudicii qua impuberes, *l. 1. ff. ad SC. Vellejan. pr. Inst. quib. alienare liceat vel non.* Idcirco & ipsæ mitius erunt puniendæ, quam masculi.

7. Pro hac denique sententia facit *L. 1. §. Accusationem. vers. Atquin Papinianus. ff. ad SC. Turpill. l. 4. eod.* nam mulier, si accusationem falsi instituit, quam non instituere ipsi licebat, vel si ab accusatione, sine abolitione destitit, in SCti Turpilliani pœnam non incidit, in quam tamen masculus incideret: atqui SC. erat verbo *si quis*, atq; in sexũ masculinũ conceptum.

Quocirca ex his statuendum est ꝙ constitutio pœnalis, de sexu masculino concepta, nõ cõplectatur sexũ fœmineum.

Verun-

Veruntamen pro contraria sententia quod sexus masculinus in statutis & constitutionibus pœnalibus complectatur etiam sexum fœmineum, facit *in l. 1. & in l. 195. ff. de verb. signif. l. 62. ff. de legat. 2.* generaliter & indistincte asseritur, masculinum sexum fœmineum continere, quodque *in d. l. 62.* Iulianus tradit SEMPER sexum masculinum etiam fœmininum complecti: quod si semper, igitur etiam in dispositionibus ac constitutionibus pœnalibus.

2. Accedit textus apertus *in l. 7. §. 1. ff. de iurisd. & t.* Cum enim Prætor edicto suo cauisset, vt si quis album Prætoris corrupisset, quingentorum aureorum pœna mulctaretur, ICtus Vlpianus verba ista Edicti *si quis* ita interpretatur, vt vtrumque sexum complecti voluerit Prætor: *sed & vtrumq; sexum prætor complexus est*, ait.

Nec moueor argumentis supra in contrarium adductis: nam ad primum respondere debet, etiamsi mulieres iudicii imbecilliate laborent; hanc tamen imbecillitatem in delictis non præsumi; vnde etiam iura mulieribus decipientibus non succurrunt, sed deceptis solum, *l. 2. versic. Et ita demum. l. si mulier. 23. & l. 30. ff. ad SC. Vellejan.* Et quanquam muliebre ingenium dicatur imbecille, est tamen astutia, versutia ac malitia plenissimum.

Ad *l. 6. ff. ad L. Iul. Peculatus*, respondetur, fœminis interdum mitiorem irrogari pœnam, si nempe liquido constet, illas imbecillitate muliebri magis, quam malitia diliquisse: atque in dubio id non præsumitur. Deinde etsi in arbitrariis pœnis, quæ legibus determinationem certam ac definitionem non habent, ratio sexus haberi & discrimen aliquod constitui possit, non tamen id locum habet, cum pœna in legibus certa generaliter, nullo discrimine sexus facto, proposita & delinquentibus decreta est. Et insuper, quanquam in quibusdam delictis alia pœna fœminis irrogari soleat quam maribus: non tamen exinde protenus inferre licet, quod generaliter in omnibus delictis mitior pœna sit fœminis irroganda, quam maribus.

Ad d. l. 38. ff. ad L. Iul. de adult. respondetur, idcirco mulierem non puniri, propter incestum iuris ciuilis, quia ille ex iuris ciuilis ignorantia committi intereest, iuris autem ex ignorantia quod facit mulier, excusationem meretur *l. 9. pr. ff. de iur. & fact. ignor.* Et hoc sensisse ac voluisse Papinianum *in d. l. 38. §. 2.* haud obscure indicat. *§. 4. eiusd. l. 38.* dũ illic in hæc verba scribitur: ***Fratres denique Imperatores Claudia crimen incesti propter ætatem remiserunt, sed distrahi coniunctionem illicitam iusserunt, cum alias adulterii crimen quod pubertate delinquitur non excusatur ætate***: nam & mulieres in iure errantes incesti crimine non teneri, supra dictum est.

Ad *quartum* respondeo, quod dictum est, fœminas non puniri mitius, quam masculos ex eodem delictorum genere, id regulare est, excipiuntur casus quidam, quibus solet pœna leuior irrogari fœminis, quam masculis, cuiusmodi casus est *d. l. 6. ff. de pecul.* & alius extat *in d. l. 5. C. ad L. Iul. maiest.* In casibus igitur solum in iure expressis mitior venit pœna irroganda fœminæ, quam mari.

Deinde sexus masculinus complectitur in pœnalibus fœmininum, nisi diuersa ratio sit fœminarum & masculorum, eaque diuersitas rationis suadeat alias & mitiores pœnas irrogari fœminis quam masculis *in d. l. 5.* esse diuersam rationem filiorum & filiarum, ipsi fatentur Imperatores in verbis supra recitatis: non enim paterni criminis exemplum in filiabus ita, vt in filiis metuitur.

Ad *quintum* respondetur, primo illam regulam, quod in odiosis non con-

tinet

tinet masculinus fœmineum sextũ, in iure fundatam non esse, *in d.l.62. ff.de legat. 3. dicatur SEMPER masculinum sexum continere fœmininum.* Deinde pœnas non esse odiosas, sed admodum fauorabiles, vt quæ vtilitatem publicam concernant, hæc quippe suadet, delicta non manere impunita *l.51.ff.ad L.Aquil.*& malis hominibus Remp. purgari. Et quanquam fortassis videri possent odiosæ, respectu delinquentium, quibus erogandæ veniunt, odium tamen istud saltem esset priuatum, cui bonum publicum & salus Reip. quæ in eo consistit, vt delicta puniantur & facinorosi coerceantur: merito præferretur, cum salus populi suprema lex esse debeat.

Ad sextum responsio expedita est: nam quod impuberibus regulariter non sit mitiganda pæna alibi à me demonstratum est.

Ad postremum respondet Gœdd. Ex *l.5.C.ad SC.Turpillianum* constare, quod fœmina regulariter in pœnam SCti incidat, si desistat ab accusatione, non petita abolitione, verum mulieribus dupli ci solum ex causa succurri: Primo si temeritate consilii vel errore lapsæ tale crimen, quod propter sexus rationem accusare nõ poterunt, intentauerint, ac tandem sine abolitione, errore deprehenso, litem omiserint; Secundo, si quidem accusare potuerint, sed statim, pænitentia ductę destiterint, adeoque inconsultam iudicii leuitatem incontinenti purgarint.

Hinc igitur patet quod fœmina non eximatur propter sexum pœnæ *d.l.si quis in tantam.* Maxime cum etiam præfata constitutio in odium sexus virilis, sed ad delictum coercendum sit lata: Hoc autem delictum maius sit in fœmina invadente quam in masculo, quia illa inuadens, præterquam quod delinquit, quod ipsi cum aliis in valoribus est cõmune, facit etiã cõtra modestiã & pudicitiam sexui congruentem; magis igitur ex sententia legumlatoris delictum in ea coercendum.

Quæritur porro anne remedium *d. l. si quis in tantum. Cod. vnde vi.* liberto contra patronum, liberis contra parentem detur?

Videbatur hoc quippe negandum quia hoc remedium etsi de vi reddatur nonminus atque interdictum vnde vi, non tamen infamet. Et ideo ratio illa, ob quam in patronum & parentem denegatur liberis & liberto interdictum vnde vi *l.1.§.43.ff.de vi & vi armata*: cessat in remedio hoc *d.l.si quis in tantam.* Quæ. 65. *An remedium d.l.si quis contra parentem & patronũ detur.*

Veruntamen contraria sententia verior est. Tametsi enim non infamet hoc præsens remedium; pudorem tamen suggillat.

Iam vero patroni à libertis, parentes à liberis conueniri non possunt vlla actione, quæ iniuriæ, aut doli, aut vis habeat mentionem illorumque existimationem & honorem sugillet, propter honorem natura his debitum *l. parens & seqq ff.de obsequiis parentibus patronis præstand.* Giphanius & Donellus *in d.l.si quis in tantam.*

Et quanquam *d.l.si quis.* generalis sit nec quicquam excipiat: Tamen in legibus interpretandis hæc perpetuo tenẽda est regula, quotiens vna aliqua lex de toto genere in vniuersum scripta est & alia lege species aliqua ex eo genere excipitur, semper generi per speciem derogari *l.in toto iure ff.de R.I.*

Nec illud ad rem quicquam pertinet quod *d.l.si quis.* constitutio posterior est illo iure de parentibus & patronis constituto: siquidem posteriores leges quantumuis generales, ad priores trahi & ex illis restringi & explicari debent.

Est insuper & aliud recuperandæ possessionis remedium à pontifice Romano introductum & ad exemplum Quæ. 66. *An remedium cap.*

redintegrãda absque discrimine personarũ competat?

interdicti vnde vi constitutũ in *cap. Redintegranda. causa 3. quæst. 1.* Verba illius capit. hæc sunt: *Redintegranda sunt omnia ex spoliatis vel eiectis Episcopis præsentialiter ordinatione Pontificum. Et in eo loco, vbi abscesserant, funditus reuocanda, quacunque conditione temporis aut captiuitate, aut dolo, aut violentia maiorum & per quascunque iniustas causas res Ecclesiæ vel proprias id est suas substantias perdidisse noscantur ante accusationem aut regularem ad synodum vocationem.*

E quibus verbis satis relucet qualenam sit istud remedium pontificium; Et quidem Andr. Gailius illud appellitat plenissimum propterea quod cum omnibus aliis remediis spoliatoribus concurrit.

Dubitatur autem imprimis vtrumne absque vlla personarum distinctione cōcedatur? Etenim non desunt qui illud ad solos clericos restringant, & Laicis competere negent.

Adducuntur autem sequentibus argumentis.

1. Palam est *d. cap. redintegranda* esse in specie de clericis conceptum: Quia autem exorbitans est, idcirco nullam recipit extensionem *capit. Ea quæ de Reg. Iur. in sext.*

2. Adhæc quæ in personis Ecclesiasticis, vtpote fauorabilibus, prolata sunt, non extenduntur ad laicos: Tum quia sermonis proprietas non deserenda *l. Non aliter. ff. de legat. 3.* Tum quia argumentum à maiore ad minus duceretur affirmatiue, quod non conceditur *ca. in cunctis. de elect.*

Contrariam opinionem amplectuntur Andr. Gailius *2. obseruat. 75.* Menochius *remed. recuper. poss. 15. num. 13.* vbi multis præterea allegatis authoribus, hanc opinionem frequentiorem & communiorem dicunt.

Adducuntur autem eius hæc fundamenta.

1. Constitutionem hanc inquiunt, esse promulgatam corrigendi peccati causa: hanc vero causam militare etiam in rebus laicorum; Igitur cum in laicis eorumque rebus par sit ratio, igitur idē quoque ius in illis statuendum.

Respondent quidem dissentientes falsum esse quod ista constitutio sit promulgata ob corrigenda peccata, quia etiam contra bonę fidei possessorem & titulo possidentem conceditur, qui tamen à peccato sunt alieni.

Veruntamen illationis huius consequentiam nego, quoniam, exempli causa, constitutio *legis si quis in tantam.* etiam corrigendi peccati causa est facta & promulgata prout euidenter significat Iustinianus *in §. 1. Inst. de vi bonorum rapt.* & tamen contra bonæ fidei possessorem competit; hoc vero ideo quia præcauere Imperator voluit, ne in rebus alienis occupandis qualemcunque prætextum haberent homines, Ita quoque in proposito pontifex obuiare voluit peccato vt omnem omnino prætextum quo palliari possit & tegi peccatum, hominibus auferret.

Non obstat primum argumentum quia etsi exorbitans sit remedium *d. cap. Redintegranda*, propter fauorem tamen singularem, quo nititur ex paritate rationis extensionem admittere argum. *cap. odia. de Reg. Iur. in sext.* Ad hæc nego *d. cap. redintegranda.* remedium esse exorbitans; cum iure communi eiusdemque ratione & æquitate fulciatur, quæ hæc est quod ante omnia spoliatus restitui debeat, Ex paritate igitur rationis admittenda est extensio. Addo & hoc. *d. canon. redintegranda* esse ad propositam facti speciem accommodatum qui de clericis & personis ac rebus Ecclesiasticis, fuerat concepta: Pontifex igitur sese ad consultationem & facti speciem sibi propositam accommodans, de iis solum personis ac rebus voluit respondere, de

Quæ. 67. An remedium capit. redintegranda contra bona fide & iusto titulo possidentem competat?

re, de quibus quæsitus fuit. Datur porro hoc remedium *cap. redintegranda.* contra quemcunque possessorem siue mala, siue bona fide possideat & siue iustum possessionis suæ titulo possideat, siue non Menochius *Recuper. possess. remed. 15. num. 89.* Andr. Gail. *d. obseruat. 75. lib. 2.*

Huius opinionis hæc adducuntur fundamenta.

1. Probata antiquiori possessione, noua & recens præsumitur clandestina *cap. licet causam extr. de probat.* præsertim cum ipsa clandestinitas est allegata & deducta.

2. Facit deinceps hic textus *d. cap. redintegranda.* qui impersonaliter & generaliter loquitur. Ergo generaliter est intelligendus *l. 1. §. generaliter. Digest. de legat. præstand.* quæ consideratio porro confirmatur ex *cap. Episcopi. cau. 3. q. 1. cap. Ecclesia. causa. 3. q. 2.* vbi recuperatur possessio *à quibuscunque*; *quæ dictio quibuscunque* est generalis omnes complectitur casus, etiam priuilegiatos *l. in fraudem. §. vlt. Digest. de milit. testam. l. 1. §. quod autem. ff. de aleatoribus.*

3. Remedium præterea recuperandæ possessionis *d. cap. redintegranda.* est introductum ad exemplum interdicti Vnde vi: At in interdicto vnde vi nulla penitus ratio habetur tituli cum ante omnia restituendus ad possessionem sit spoliatus *cap. fin. extr. de ordin. cognit.* Idem igitur de præsenti remedio dicendum, quia si dabitur cōtra possidentem titulo & bona fide aduersus agentem non obstabit dominii exceptio, quæ alias obstaret, si titulo constaret.

4. Præterea hoc remedium fauore animæ introductum est, vt scilicet euitentur peccata; extenditur proinde ad bonæ fidei possessorem, non vero ad malæ fidei possessorem restringitur.

5. Insuper remedium hoc redintegrandæ est magis priuilegiatum, quam interdictum vti possidetis. Atqui interdicto hoc vti possidetis agenti & de antiquiori possessione probanti non obstat tituli exceptio *cap. [illegible] causam. de probat.* multo minus igitur obstare debet exceptio tituli remedio huic redintegrandæ.

Sed pro contraria opinione, quod hoc remedium non detur contra bona fide & titulo iusto possidentem hæc militare videntur argumenta.

1. Adducitur primo textus *in l. siue autem §. si duobus. de public.* si duo titulum à diu [illegible] is dominis venditoribus consecuti sunt & in bona fide vterque est, ille in publiciana præfertur qui de præsenti possidere reperitur: Nam illa ratio, qua publiciana non conceditur contra illum sic possidentem, facit vt nec detur redintegrandæ hoc remedium.

Nec obstat huic quod à dissentientibus respondetur, in casu *d. § si duobus* actū non fuisse de solo possessorio, vt in præsenti nostro casu, sed etiam de petitorio in quo non constabat de iure alterius eorum, quare in dubio pro possessore fuisse pronunciatum, in casu autem nostro solum agi vt spoliatus ante omnia restituatur & ob id antiquiorem possessorem præferri.

Etenim reprobat hanc responsionem Menochius, idque ex hac ratione, quia si in casu *d. §. si duobus* antiquior possessor cū titulo non præfertur nouo possessori cum titulo, multo fortius in casu nostro, in quo antiquior possessor, qui vt spoliatus agit, nititur sola antiquiori possessione, obtinere non debet contra titulo & bona fide possidentem; Et quanquam spoliato non possit obiici dominii exceptio, tamen ad hoc prodest noui huius possessoris titulus ad iustificandam possessionem & ad tollendum omne clandestinitatis vitium, quo fit vt minime æquum esse videntur

redintegranda absque discrimine personarũ competat?

interdicti vnde vi constitutũ *in cap. Redintegranda. causa 3. quæst. 1.* Verba illius capit. hæc sunt: *Redintegranda sunt omnia ex spoliatis vel eiectis Episcopis præsentialiter ordinatione Pontificum. Et in eo loco, vbi abscesserant, funditus reuocanda, quacunque conditione temporis aut captiuitate, aut dolo, aut violentia maiorum & per quascunque iniustas causas res Ecclesiæ vel proprias id est suas substantias perdidisse noscantur ante accusationem aut regularem ad synodum vocationem.*

E quibus verbis satis relucet qualenam sit istud remedium pontificium: Et quidem Andr. Gailius illud appellitat plen issimum propterea quod cum omnibus aliis remediis spoliatoribus concurrit.

Dubitatur autem inprimis vtrumne absque vlla personarum distinctione cõcedatur? Etenim non desunt qui illud ad solos clericos restringant, & Laicis competere negent.

Adducuntur autem sequentibus argumentis.

1. Palam est *d. cap. redintegranda* esse in specie de clericis conceptum: Quia autem exorbitans est, idcirco nullam recipit extensionem *capit. Ea quæ de Reg. Iur. in sext.*

2. Adhæc quæ in personis Ecclesiasticis, vtpote fauorabilibus, prolata sunt, non extenduntur ad laicos: Tum quia sermonis proprietas non deserenda *l. Non aliter. ff. de legat. 3.* Tum quia argumentum à maiore ad minus duceretur affirmatiue, quod non conceditur *ca. in cunctis. de elect.*

Contrariam opinionem amplectuntur Andr. Gailius *2. obseruat. 75.* Menochius *remed. recuper. poss. 15. num. 13.* vbi multis prætetea allegatis authoribus, hanc opinionem frequentiorem & communiorem dicunt.

Adducuntur autem eius hæc fundamenta.

1. Constitutionem hanc inquiunt esse promulgatam corrigendi peccati causa: hanc vero causam militare etiam in rebus laicorum; Igitur cum in laicis eorumque rebus par sit ratio, igitur idẽ quoque ius in illis statuendum.

Respondent quidem dissentientes falsum esse quod ista constitutio sit promulgata ob corrigenda peccata, quia etiam contra bonæ fidei possessorem & titulo possidentem conceditur, qui tamen à peccato sunt alieni.

Veruntamen illationis huius consequentiam nego, quoniam, exempli causa, constitutio *legũ si quis in tantam.* etiam corrigendi peccati causa est facta & promulgata prout euidenter significat Iustinianus *in §. 1. Inst. de vi bonorum rapt.* & tamen contra bonæ fidei possessorem competit; hoc vero ideo quia præcauere Imperator voluit, ne in rebus alienis occupandis qualemcunque prætextum haberent homines, Ita quoque in proposito pontifex obuiare voluit peccato vt omnem omnino prætextum quo palliari possit & tegi peccatum, hominibus auferretur.

Non obstat primum argumentum quia etsi exorbitans sit remedium *d. cap. Redintegranda,* propter fauorem tamen singularem, quo nititur ex paritate rationis extensionem admittere argum. *cap. odia. de Reg. Iur. in sext.* Ad hæc nego *d. cap. redintegranda.* remedium esse exorbitans; cum iure communi eiusdemque ratione & æquitate fulciatur, quæ hæc est quod ante omnia spoliatus restitui debeat, Ex paritate igitur rationis admittenda est extensio. Addo & hoc. *d. canon. redintegranda* esse ad propositam facti speciem accommodatum qui de clericis & personis ac rebus Ecclesiasticis, fuerat concepta: Pontifex igitur sese ad consultationem & facti speciem sibi propositam accommodans, de iis solum personis ac rebus voluit respondere, de

Quæ. 67. An remediũ capit. redintegranda contra bona fide & iusto titulo possidentem competat?

re, de quibus quæsitus fuit. Datur porro hoc remedium *cap. redintegranda.* contra quemcunque possessorem siue mala, siue bona fide possideat & siue iustum possessionis suæ titulo possideat, siue non Menochius *Recuper. possess. remed.15.num.89.* Andr. Gail. *d. obseruat. 75. lib.2.*

Huius opinionis hæc adducuntur fundamenta.

1. Probata antiquiori possessione, noua & recens præsumitur clandestina *cap.licet causam extr.de probat.* præsertim cum ipsa clandestinitas est allegata & deducta.

2. Facit deinceps huc textus *d. cap. redintegranda.* qui impersonaliter & generaliter loquitur. Ergo generaliter est intelligendus *l.1. §. generaliter. Digest. de legat. præstand.* quæ consideratio porro confirmatur ex *cap.Episcopi.causs.3.q.1. cap. Ecclesia.causa.3.q.2.* vbi recuperatur possessio *à quibuscunque* ; *quæ dictio quibuscunque* est generalis omnes complectitur casus, etiam priuilegiatos *l.in fraudem.§.vlt.Digest.de milit.testam. l.1. §. quod autem.ff.de aleatoribus.*

3. Remedium præterea recuperandæ possessionis *d.cap.redintegranda.* est introductum ad exemplum interdicti Vnde vi: At in interdicto vnde vi nulla penitus ratio habetur tituli cum ante omnia restituendus ad possessionem sit spoliatus *cap.fin.extr.de ordin.cognit.* Idem igitur de præsenti remedio dicendum, quia si dabitur cõtra possidentem titulo & bona fide aduersus agentem non obstabit dominii exceptio, quæ alias obstaret, si titulo constaret.

4. Præterea hoc remedium fauore animæ introductum est, vt scilicet euitentur peccata; extenditur proinde ad bonæ fidei possessorem, non vero ad malæ fidei possessorem restringitur.

5. Insuper remedium hoc redintegrandæ est magis priuilegiatum, quam interdictum vti possidetis. Arqui interdicto hoc vti possidetis agenti & de antiquiori possessione probanti non obstat tituli exceptio *cap.licet causam. de probat.* multo minus igitur obstare debet exceptio tituli remedio huic redintegrandæ.

Sed pro contraria opinione, quod hoc remedium non detur contra bona fide & titulo iusto possidentem hæc militare videntur argumenta.

1. Adducitur primo textus *in l. siue autem §. si duobus. de public.* si duo titulum à diu e is dominis venditoribus consecuti sunt & in bona fide vterque est, ille in publiciana præfertur qui de præsenti possidere reperitur: Nam illa ratio, qua publiciana non conceditur contra illum sic possidentem, facit vt nec detur redintegrandæ hoc remedium.

Nec obstat huic quod à dissentientibus respondetur, in casu *d § si duobus* actũ non fuisse de solo possessorio, vt in præsenti nostro casu, sed etiam de peritoris in quo non constabat de iure alterius eorum, quare in dubio pro possessore fuisse pronunciatum, in casu autem nostro solum agi vt spoliatus ante omnia restituatur & ob id antiquiorem possessorem præferri.

Etenim reprobat hanc responsionem Menochius, idque ex hac ratione, quia si in casu *d.§.si duobus* antiquior possessor cũ titulo non præfertur nouo possessori cum titulo, multo fortius in casu nostro, in quo antiquior possessor, qui vt spoliatus agit, nititur sola antiquiori possessione, obtinere non debet contra titulo & bona fide possidentem; Et quanquam spoliato non possit obiici dominii exceptio, tamen ad hoc prodest noui huius possessoris titulus ad iustificandam possessionem & ad tollendum omne clandestinitatis vitium, quo fit vt minime æquum esse videtur

tur vt is actor, qui nititur ex antiquiori possessione sola obtineat contra nouum possessorem, qui suam possessionem ex titulo iustificat.

2. Eadem hæc sententia videtur probari hac ratione, quod remedium *d.c.redintegranda*, est introductum, ne is qui rem alienam occupauit, in peccato mortuus iaceat: Atqui hæc ratio in casu nostro cessat; Ergo cessat etiã dispositio *l.ad q.re.§.quãuis.extr.de iure patr.* Quod autem in casu nostro cesset ratio, exinde apparet, quia nouus hic possessor non potest dici spoliator, non vitiosus possessor & per consequens non est in peccato, cum titulum & bonam fidem habeat.

3. Moueat etiam non parum textus *in cap.sæpe.extr.de restitut. spoliator.* quæ constitutio edita fuit quinquaginta annis post promulgationem huius canonis redintégranda. Cum ergo ex eo capit. constitutum sit, tunc solum contra singularem successorem scienter in vitio iam possessionem succedentem agi posse, idcirco si etiam hoc *canone Redintegranda* succursum fuisset spoliato contra singularem successorem cum titulo & bona fide possidentem, promulgatio istius *cap.sæpe.* prorsus inutilis fuisset, quia fierat certum dari remedium contra possessorem cum titulo & bona fide: erat plus quam manifestum, dari contra illum, qui scienter in vitium successit. Ne igitur frustra edita sit constitutio *d.cap.sæpe.* dicendum est, ipsos etiam pontifices satis agnouisse, hoc *cap. Redintegranda.* non esse succursum contra singularem successorem, quouis etiam modo succedentem.

Ad prioris opinionis argumenta sic ordine respondet Menochius.

Ad primum, non considerari in proposito clandestinitatis vitium, vt quod tollatur per iustum titulum & bonam fidem. *l.clam possidere.pr.ff.de acquir.poss.ff.* quocirca cum contra hunc nouum possessorem non militet illa clandestinitatis qualitas, non poterit aduersus eum agi remedio *d.cap. Redintegranda.* Accedit quod clandestinitatis vitium personale est & ideo in bonæ fidei possessorem, titulum habentem, non transit.

Ad secundum argumentum respondetur, adductos textus iuris canonici nõ esse intelligẽdos de quibuscunq; successorib. in genere sed de quibuscunq; malæ fidei possessoribus, cum hanc restrictionem suadeãt ratio & materia subiecta, quandoquidem & verba, quantumuis vniuersaliter prolata ex habilitate recipiant restrictionem *l.vt gradatim.§.1.de munerib.& honorib. l.1.Cod.de SS.Eccles.*

Ad tertium argumentum hoc modo respondetur: negandam esse consequẽtiam hanc, dominii exceptio non impedit possessionis restitutionem. Ergo conceditur contra titulo possidentem: Hanc quippe illationem infringit interdictum vnde vi, quo spoliatus ante omnia restituitur, & tamen contra singularem possessorem non datur *l.Cum à te. Digest.de vi & vi armat.cap.sæpe,extr.de restitut.spoliat.*

Hinc igitur argumentum istud in dissentientes retorquetur. Interdictum vnde vi non datur in successores singulares, nisi scienter in vitio successerint. Atqui remedium *cap. Redintegranda.* ad exemplum interdicti vnde vi introductum est.

Ergo non datur in singulares successores, præterquam si scienter in vitio successerint.

Ad quartum argumentum respondetur istam hypothesin quod scilicet prædictum remedium sit introductum ob euitanda peccata, restrictionem potius quam extensionem in proposito casu suadere; Cum bona fide & iusto titulo possidens non sit hoc ipso in peccato, vt supra fuit demonstratum.

Ad

Ad quintum & vltimum argumentum respondetur, non esse verum quod antiquiori possessione in interdicto vti possidetis probata, succumbat nouus possessor cum titulo possidens, vt supra ostensum fuit.

Deinde non est bona consequentia: Tituli exceptio non impedit possessionis restitutionem. Ergo agi potest contra singularem successorem habentem titulum & bonam fidem, nec hic titulus alium respicit effectum quam vt clandestinitatis vitium tollatur.

Quæ. 68. *Quandiu duret remedium* d. c. Redintegranda?

Quanto porro temporis spacio præscribatur remedium *cap. Redintegranda*, & anne etiam illi exceptio præscriptionis obiici possit? controuertitur?

Et pro enodatione huius controuersiæ tres casus distinguit Menochius.

Primus est quando possessor conuentus est in mala fide, eo quia ipsemet fuit primus occupator & spoliator; Tunc nulla ab eo potest obiici exceptio præscriptionis, nec vllo tempore, quantumuis longissimo, præfatum remedium præscribitur; vtpote mala fide præscriptionem in perpetuum impediente *cap. vltim. extr. de præscript.*

Quod saltem iure pontificio procedit: iure enim ciuili ad longissimi temporis præscriptionem bonam fidem non esse necessariam verius est.

Secundus casus est quando possessor titulo quidem caret, sed in bona fide est, vel in mala saltem præsumpta: Hoc casu præscriptio agenti ex hoc remedio obiici potest, sed triginta solum annorum seu temporis longissimi, per textum *in l. sicut. Codic. de præscript. 30. vel 40. annor.*

Sed huic assertioni obstare videntur verba *d. cap. Redintegranda.* quibus dicitur, quacunque temporis præscriptione non obstante redintegrandum esse spoliatum.

Verum resp. Menochius, verba ista, quacunque conditione temporis referenda esse ad verba illa, *perdidisse noscuntur*, vt sensus sit: Redintegrandum esse spolium quouis tempore vt nulla sit differentia inter vnius vel alterius temporis spoliationem.

Aduersari insuper huic eidem assertioni videtur, quod dominii seu proprietatis exceptio non potest *d. remedio obiici*; Igitur multo minus possit obiici exceptio præscriptionis.

Respondet Menochius exceptionem præscriptionis non obiici ratione dominii, vt agens excludatur, sed obiici ratione possessionis, quam is spoliatus agens extendi temporis negligentia amisisse dicitur.

Repugnare præterea videtur quod spoliator conuentus præscribere non potuerit, impediente mala fide *d. c. vltim. de præscript.*

Sed respondet Menochius, ad hanc præsumptam malam fidem tollendam sufficere triginta annos.

Tertius casus est quando conuentus possessor est cum titulo & bona fide: Hoc quippe casu obiici potest præscriptio decem annorum inter præsentes & viginti inter absentes, cum tanto tempore præscribat, dummodo res non sit affecta vitio reali, & causam is non habuerit scienter à vitioso auctore.

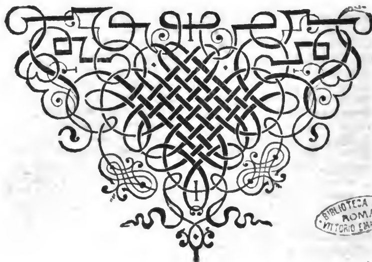
Huius autem decisionis primo hæc adducitur ratio quod possessor iste cum titulo & bona fide acquirit vtile saltem dominium, iuxta *l. si quis emptio. Codic. de præscr. 30. vel 40. annor.* idcirco hoc casu illæsam acquirat possessionem; alias siquidem consequens fuit nunquam huic præscriptioni locum esse; quoniam antiquus possessor, qui non alienauit, nec alienationi consensit, qui nunquam sine proprio facto possessione cecidit semper & ad triginta annos hac actione experiri posset; sicque inutilis foret decem aut viginti annorum præscriptio.

Deinde adfertur & ista ratio quod per cursum decem annorum negligentia inducitur, ob quam spoliatus ius suum amittit *l. furtum. §. vltim. ff. de vsucap.*

Denique addit hanc rationem Menochius, quod, si in postremo hoc casu non esset locus præscriptioni longi temporis decem, vel viginti annorum, consequeretur quod nulla esset differentia inter hunc possessorem cum titulo & vera bona fide & illum possessorem cum præsumpta mala fide, quæ tamen maxima esse debeat.

Limitat tamen hunc casum Menochius vt non vindicet sibi locum in illis casibus, in quibus ex priuilegio personali maius tempus postulatur, vt in Ecclesia contra quam regulariter solum 40. annorum præscriptio currit.

Finis Disputationis
XXV.




LEGATORIA S. BENEDETTO
CITERNA

